جمهورية مصر العربية
وزارة الأوقاف
المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

موسوعة الفقه الإسلامي

الجزء الثاني

القاهرة
١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

مَوادّ الجُزْءِ الثّانِي

استـــدراك

سقطت من الجزء الأول عبارة في موضـــوع الابن خاصة بحكم الزكاة في ماله وذلك في الســـطر الأول من النهر الثاني من ص ٢١٤ وصحة العبارة :

« قال فقهاء الحنفيـــة : الابن الغنى اذا كان بالغا عاقلا وجبت عليه زكاة ماله ، أما اذا كان صغيرا أو مجنونا فلا تجب في ماله وأما بالنسبة لزكاة الفطر فقد اختلف فقهاء الحنفية .. »

ابن البنت

أحكامه :

١ — نقض الوضوء بالملامسة بين ابن البنت وجدته :

الحكم فى هذا مبنى على الخلاف بين الفقهاء فى أن اللمس بين الرجل والمرأة عامة ينقض أو لا ينقض ، وخلافهم فى أن المحارم تأخذ حكم الأجانب فى النقض باللمس أو لا (انظر : لمس) .

٢ — الحكم فى تغسيل ابن البنت لجدته أو الجدة له بعد الموت هو حكم سائر المحارم فى هذا (انظر : غسل الميت) .

٣ — حكم ابن البنت فى الصلاة على جده وجدته لأمه :

مذهب الحنفية :

قال فى شرح الهداية ، فى فصل الصلاة على الميت : « وأولى الناس بالصلاة على الميت السلطان ان حضر ، فان لم يحضر فالقاضى » ، الى أن قال : « ثم الولى ، والأولياء على الترتيب المذكور فى النكاح » [١] .

وقال صاحب الهداية فى باب الأولياء والأكفاء : «ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولى بكرا كانت الصغيرة أو ثيبا ، والولى هو العصبة » [٢] . ثم قال :

«ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبى حنيفة ، معناه : عند عدم العصبات » .

وفى شرح العناية على الهداية تعليقا على قوله «ولاية التزويج عند عدم العصبات» : « أى عصبة كانت ، سواء كان عصبة يحل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم ، أو لا يحل النكاح بينهما كالعم ، ومولى العتاقة وعصبته من العصبات » .

ثم عند أبى حنيفة بعد العصبات الأم ، ثم ذوو الأرحام ، الأقرب فالأقرب : البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن .. الخ .

ومن هذا يؤخذ أن ابن البنت أولى بالصلاة على جده وجدته لأمه بعد العصبات وبعد البنت وبنت الابن على ما ظهر لنا من تقديمهما فى ولاية النكاح التى أحال عليها صاحب الهداية فى باب « الصلاة على الميت » ، كما أن جده وجدته لأمه مقدمان فى الصلاة عليه بعد العصبات .

وقد قال فى شرح العناية على الهداية : « ذوو الأرحام هنا ليس على مصطلح الفرائض ، بل على معناه اللغوى ، فان البنت وبنت الابن من أصحاب الفروض ، وكذا الأخوات » .

وهل تقدم الأخت على الجد الفاسد ، أو يقدم الجد الفاسد على الأخت ؟

فى هذا خلاف طويل فى فتح القدير ، قال فى آخره : « وقياس ما صح فى الجد والأخ

(١) شرح الهداية جـ٢ ص٨١ ، ٨٢ .
(٢) المرجع السابق جـ٣ ص١٧٢ .

عن تقدم الجد يقدم الجد الفاسد على الأخت » .

ومن هذا يؤخذ أن الجد لأم يقدم على الأخت فى الصلاة على ابن البنت [١] .

مذهب الشافعية :

فى الجديد أن الولى أولى بامامة الصلاة على الميت من الوالى ، فيقدم الأب ، ثم الجد أبو الأب وان علا ، ثم الابن ، ثم ابنه ، الى أن قال : ثم ذوو الأرحام يقدم منهم أولاد البنات ثم أبو الأم ثم الأخ للأم [٢] .

من هذا يتضح أن ابن البنت يقدم فى الصلاة على جدته وجده أبى أمه بالنسبة لمن عداه من ذوى الأرحام ، كما أن جده لأمه مقدم فى الصلاة على ابن البنت بالنسبة للأخ للأم والخال .. الخ .

مذهب الحنابلة :

يعتبر الحنابلة لذوى الأرحام مرتبة فى الصلاة على الميت ، والنص عندهم : « والأولى بالصلاة على الميت اماما وصيه العدل ، ثم بعد الوصى السلطان وخلفاؤه من بعده ، ثم الحاكم وهو القاضى ، ثم الأقرب فالأقرب من العصبة ، ثم ذوو أرحامه الأقرب فالأقرب كالغسل ، ثم الزوج ، ثم الأجانب ، فان استووا أقرع بينهم » [٣] .

ومن هذا يتضح أن ابن البنت فى صلاته على جده وجدته لأمه تكون مرتبته بعد العصبات ، وهو مقدم على من ذكر بعده من الزوج والأجانب ، كما يستفاد أن جده لأمه مرتبته بعد العصبات ويقدم على الأجانب .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم فى كتابه المحلى : وأحق الناس بالصلاة على الميت والميتة الأولياء ، وهم الأب وآباؤه والابن وأبناؤه ثم الاخوة الأشقاء ثم الذين للأب ثم بنوهم ثم الأعمام للأب والأم ثم للأب ثم بنوهم ثم كل ذى رحم محرمة ، الا أن يوصى الميت أن يصلى عليه انسان فهو أولى ، ثم الزوج ، ثم الأمير أو القاضى ، فان صلى غير من ذكر أجزأ لقوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » [٤] .

وهذا عموم لا يجوز تخصيصه .

ومن هذا يستفاد أن ابن البنت أحق من غيره بالصلاة على جده وجدته لأمه ما لم يوجد موصى له من الميت بالصلاة عليه أو ولى أقرب ، والجد لأم أحق بالصلاة على ابن البنت ما لم يوجد من ذكر [٥] .

مذهب الزيدية :

ابن البنت لا حق له فى أولوية الصلاة على جده أو جدته لأمه ، بل هو فى ذلك كالأجنبى ، ومثله الجد لأم ، لأن كليهما من ذوى الأرحام ، وليس لأحد من ذوى الأرحام ولاية التقدم فى الصلاة على الميت ، بل ذلك للامام الأعظم وواليه ثم الأقرب

(١) الهداية جـ٣ ص١٨١ .
(٢) قليوبى مع شرح الجلال على المنهاج جـ١ ص٣٣٦
(٣) كشاف القناع جـ١ ص٣٩٣ .
(٤) الانفال : ٧٥ .
(٥) المحلى جـ٥ ص١٤٣، ١٤٤ مسألة ٥٨٤، ٥٨٥ .

الصالح للامامة فى الصلاة من عصبة الميت ، الأقرب فالأقرب على حسب درجتهم فى القرب ، وما ورد فى شرح الأزهار من قوله عليه الصلاة والسلام : « فان عدمت العصبة فالأقرب من ذوى رحمه » ، لم يؤخذ به فى المذهب ، فقد جاء فى الحاشية تعليقا على ذلك قوله : « المذهب أنه لا ولايه لذوى الأرحام » [١] .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية الجزء الأول (أحكام الأموات) [٢] .

والأولى بميراث الميت أولى بأحكامه ، وبما أن ابن البنت صاحب سهم فى الميراث عند الامامية فيكون صاحب حق فى التقدم للصلاة على جده وجدته لأمه .

وللجد لأم حق التقدم على الغير فى الصلاة على ابن البنت ، وترتيبه فى الأولوية ترتيبه فى الميراث (انظر :ميراث) .

مذهب الاباضية :

ابن البنت أولى بالصلاة على الميت ودفنه من الأجنبى اذا لم يوجد من هو أقرب منه ، أو كان الأقرب منه يجهل الصلاة والدفن [٣] .

الزكاة

مذهب الحنفية :

الأصل عندهم أن زكاة الفطر تجب على المكلف عن كل من يمونه ويلى عليه ، ومن ثم وجبت زكاة الفطر عليه عن أولاده الصغار وعن أولاد أبنائه ، وعلى هذا تجب زكاة الفطر عن ابن البنت على جده وجدته متى تحقق أنه يمونه ويلى عليه [٤] .

مذهب المالكية :

ويجب على الشخص اخراج زكاة الفطر عن كل مسلم يمونه بقرابة كالأولاد الذكور الى البلوغ والاناث الى الدخول أو الدعاء له مع الاطاقة والوالدين الفقيرين .

ويؤخذ من هذا أن ابن البنت لا تجب زكاة فطرته على جده ولا جدته ، كما لا تجب زكاتهما عليه ، لعدم وجوب النفقة لأحدهما على الآخر . وقد صرح بعدم وجوب النفقة [٥] .

مذهب الشافعية :

ومن وجبت عليه زكاة الفطر لزمته فطرة من تلزمه نفقته ، وذلك بملك أو قرابة أو نكاح من المسلمين .

ومن هذا يستفاد أن الفطرة تابعة للزوم النفقة ، ويدخل فى ذلك ابن البنت تحملا عن أصوله ذكورا واناثا ، وكذلك يتحمله عنه أصوله ذكورا واناثا [٦] .

مذهب الحنابلة :

ويلزم المسلم فطرة من يمونه هو من المسلمين من الزوجات والاماء والموالى والأقارب ، ومفاد ذلك أن شأن ابن البنت

(١) شرح الأزهار جـ٢ ص٤٢٧ ، ٤٢٨ .
(٢) ص ٣٨ .
(٣) شرح النيل جـ١ ص٦٧٩ ، ٦٨٠ .

(٤) فتح القدير جـ٢ ص٢٢٠
(٥) الشرح الكبير جـ١ ص٥٠٦ والشرح الصغير جـ١ ص٤٨٨ .
(٦) قليوبى وعميرة على الجلال جـ٢ ص٣٤ .

فى زكاة الفطر أن تكون تابعة للنفقة سواء أكانت له أو عليه [١] .

مذهب الظاهرية :

ابن البنت لا تلزمه زكاة الفطر عن جده ولا جدته لأمه كما لا تلزم أحدا منهما زكاة فطر ابن البنت ، ولا تلزمه الزكاة الا عن نفسه ورقيقه فقط [٢] .

مذهب الزيدية :

قال فى البحر الزخار : وتجب فى مال كل مسلم عنه وعن كل مسلم لزمته نفقته فى فجر أول شوال بالقرابة أو الزوجية أو الرق لقوله صلى الله عليه وسلم « وعمن تمونون » ، وقول على عليه السلام : « من جرت عليك نفقته » وهو توقيف ، وقيل لا تجب بالقرابة الا حيث ثبتت الولاية على المال كالأب كالنفقة كما قيل : ان من كانت نفقته تطوعا لم تلزم عنه ، وقيل : بل تلزم المنفق .

ويستفاد من هذا أن ابن البنت تلزمه زكاة الفطر عن جده وجدته لأمه المسلمين اذا لزمته نفقتهما ، وهذا فى مشهور المذهب ، كما أن زكاة الفطر عن ابن البنت تلزم جده أو جدته لأمه اذا لزمتهما نفقته ، وعلى الرأى الثانى لا تجب على ابن البنت زكاة الفطر عن جده ولا عن جدته لأمه ، كما لا تجب عليهما زكاة الفطر عنه ، لأن أحدا منهم لا تثبت له الولاية على مال الآخر .

أما المصارف فقد جاء فيها قوله فى البحر الزخار : « مسألة » ، ولا تجزىء الزكاةفى أصوله أو فصوله مطلقا اجماعا ، اذ هم كالبعض منه ، ولا فيمن يلزمه انفاقه حال الاخراج ، اذ ينتفع بها باسقاط النفقة وكالآباء والأبناء . ولا تجزىء فى أصول المنفق اذ التطهرة له .

ومن هذا يفهم أن ابن البنت لا يجزئه أن يدفع من زكاته لجده أو لجدته لأمه ، وكذلك الجد والجدة لأم لا يجزئهما أن يعطيا الزكاة لابن البنت لأنهما من الأصول [٣] .

مذهب الامامية :

ابن البنت لا تجب عليه زكاة المال ان كان صبيا ، وذلك فى زكاة النقدين باجماع أئمة المذهب ، ولا غيرهما فى أصح القولين . وان كان يستحب لجده أو جدته لأمه اخراجها عنه ان كان ماله تحت يد أحدهما ، ويرى بعض أئمة المذهب وجوبها فى غير النقدين على الصبى .

ولا تجب زكاة الفطر على ابن البنت ان كان صبيا ، بل تجب على من يعوله ان كان من أهلها [٤] .

وعلى ابن البنت البالغ فطرة جده وجدته لأمه ان كان يعولهما ، سواء وجبت نفقتهما عليه أم لم تجب .

ويجوز للجد والجدة لأم اعطاء ابن البنت من زكاة مالهما وفطرتهما لسداد

---

(١) كشاف القناع جـ١ ص٤٧٣ .

(٢) المحلى جـ٦ ص١٣٧ مسألة ٧٠٩ .

(٣) البحر الزخار جـ٢ ص١٩٩ ، ١٨٦ .

(٤) الروضة البهية جـ١ ص١٢٠ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، مستمسك العروة الوثقى جـ٩ ص٣٤٨ ، ٣٤٩ .

دينه أو لاعتباره من أبناء السبيل أو غير ذلك فيما عدا جهة الفقر . وكذا لابن البنت اعطاؤهما من زكاة ماله وزكاة فطره ، فقد جاء فى الروضة البهية : « ويشترط فى المستحق ألا يكون واجب النفقة على المعطى » من حيث الفقر .

أما من جهة الغرم والعمولة وابن السبيل ونحوه اذا اتصف بموجبه فلا ، فيدفع اليه ما يوفى دينه والزائد عن نفقة الحضر ، والضابط أن واجب النفقة انما يمنع من سهم الفقراء لقوت نفسه مستقرا فى وطنه :

مذهب الاباضية :

لابن البنت أن يعطى زكاة ماله لجده وجدته لأمه ما لم تلزمه نفقتهما ، وقيل : ما لم يحكم عليه بها ، كما يجوز للجدة والجد لأم اعطاء ابن البنت من زكاة مالهما ما لم تلزمهما نفقته ، وقيل : ما لم يحكم بها .

وجاء فى كتاب « النيل » قوله فى زكاة الفطر : يخرج المرء زكاة الفطر عن نفسه وعمن لزمته نفقته ، فيخرج الجد لأم والجدة لأم زكاة الفطر عن ابن البنت ، كما يخرج ابن البنت زكاة فطرهما ، كل ذلك اذا لزمت النفقة [١] .

الميراث

مذهب الحنفية :

ذو الرحم هو كل قريب ليس بذى سهم ولا عصبة .

(١) شرح النيل جـ٢ ص١٢٩ ، جـ١ زكاة الفطر .

كانت عامة الصحابة يرون توريث ذوى الأرحام ، وبه قال أصحابنا .. وذوو الأرحام أصناف أربعة :

الصنف الأول : ينتمى الى الميت ، وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن .

الصنف الثانى : ينتمى اليهم الميت ، وهم الأجداد الساقطون والجدات الساقطات .

والمفتى به عند الحنفية فى توريثهم أن أقرب الأصناف وأقدمهم الى الميت فى الميراث الصنف الأول ثم الثانى .

ومن هذا نأخذ أن ابن البنت يرث جده وجدته لأمه لأنه ينتمى اليهما ، وأن جده وجدته لأمه يرثانه لأن الميت ينتمى اليهما .

وابن البنت لا يرث الا عند عدم أصحاب الفروض العصبات ، فلو مات شخص عن ابن بنت فقط كانت التركة كلالة ، فان تعدد اشتركوا ، فان كان معه بنت بنت كان للذكر مثل حظ الانثيين [٢] .

مذهب المالكية والشافعية :

الأصل عندهم أنه لا يرث ذوو الأرحام .

وأفتى المتأخرون بالرد على أصحاب الفروض غير الزوجين اذا لم ينتظم أمر بيت المال ، فان لم يكونوا صرف المال الى ذوى الأرحام ارثا ، والأصح فى توريثهم مذهب أهل التنزيل ، وهو أن ينزل كل فرع منزلة أصله الذى يدلى به الى الميت ، فيجعل ولد البنت كأمه [٣] .

(٢) السراجية ص٢٦٤ وما بعدها .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ٤ ص٤٦٨ طبعة الحلبى ، ونهاية المحتاج جـ٦ ص١٠ ، ١٢ طبعة الحلبى .

مذهب الحنابلة :

قال فى كشاف القناع : وتوريث ذوى الأرحام عند عدم أصحاب الفروض والعصبات ، وهم أصناف : الأول منها ولد البنات فابن البنت يرث جده وجدته لأمه عند عدم أصحاب الفروض والعصبات ، ويكون توريثه بتنزيله منزلة البنت ـ أمه ـ فيأخذ ما كانت تأخذه ، فاذا انفرد أحرز المال كله فرضا وردا ، واذا اجتمع مع أخته أخذا المال بالتساوى لأنهم يرثون بالرحم المجرد ، ليسوى بين ذكورهم واناثهم [١] .

مذهب الظاهرية :

لا ميراث لابن البنت فى تركة جده وجدته لأمه ، ولا ميراث الجد لأم فى تركة ابن البنت لأنهما من ذوى الأرحام ولا ميراث لذوى الأرحام عند الظاهرية [٢] .

مذهب الامامية :

ابن البنت يقوم مقام أمه عند عدمها ، ويرث الثلث مع بنت الابن . وقيل : يرث الثلثين ، ولبنت الابن الثلث مراعاة لذكورته وأنوثة بنت الابن ، وللذكر ضعف الأنثى ، فقد جاء فى الروضة البهية : أولاد الأولاد يقومون مقام آبائهم عند عدمهم ، سواء أكان أبوا الميت موجودين أم أحدهما أم لا ، خلافا للصدوق حيث شرط فى توريثهم عدم الأبوين ، ويأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به ، فلابن البنت ثلث ، ولبنت الابن ثلثان ، وكذا مع التعدد .

(١) كشاف القناع جـ٢ ص٥٨٤ .
(٢) محلى جـ٩ ص٣١٢ مسالة ١٧٤٨ .

هذا هو المشهور بين الأصحاب رواية وفتوى .

وقال المرتضى وجماعة : يعتبر أولاد الأولاد بأنفسهم ، فللذكر ضعف الأنثى وان كان يتقرب لأمه وتتقرب الأنثى بأبيها ، لأنهم أولاد حقيقة ، فيدخلون فى عموم « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » [٣] .

اذ لا شبهة فى كون أولاد الأولاد وان كن اناثا أولادا ، فلابن البنت ثلثان ، ولبنت الابن ثلث على خلاف قول المشهور [٤] .

الوصية

مذهب الحنفية :

ومن أوصى لأقاربه فهى للأقرب فالأقرب من كل ذى رحم محرم منه ، ولا يدخل فيه الوالدان والولد ، وهذا عند أبى حنيفة .

وقال صاحباه : لكل من ينسب الى أقصى أب له فى الاسلام .

ومن هذا يكون ابن البنت داخلا فى الأقارب فى وصية جدته الساقطة أو جده لأمه ، كما تدخل فى وصيته لأقاربه جدته غير الصحيحة أو جده لأمه .

وجاء فى كتاب الوقف : أن من وقف على نفسه وولده ونسله لم يدخل فى وقفه ولد البنت فى الصحيح ، وهو ظاهر الرواية ، لأن ولد البنت ينسب الى أبيه لا الى أبى أمه ، والوصية فى الحكم كالوقف [٥] .

(٣) سورة النساء : ١١
(٤) الروضة البهية جـ٢ ص٣٠٩ .
(٥) تكملة فتح القدير جـ٨ ص٤٧٣ وابن عابدين جـ٣ ص٦٠٤ طبعة استانبول .

مذهب المالكية :

« ان أوصى لأقاربه أو أهله أو ذوى رحمه دخل فيهم أقاربه لأمه اذا لم يكن له أقارب لأب غير وارثين ، والا قدم الأقارب للأب غير الوارثين » .

ومن هذا يفهم دخول الجدة الساقطة فى وصية ابن البنت اذا لم يكن له أقارب لأب غير وارثين [1] .

مذهب الشافعية :

اذا أوصى لأقارب زيد دخل كل قرابة له وان بعد ، مسلما كان أو كافرا ، فقيرا أو غنيا ، وارثا أو غير وارث ، الا أصلا وفرعا فى الأصح أى الأبوين والأولاد ، اذ لا يسمون أقارب فى العرف ، فيدخل الأجداد والأحفاد .

قال القليوبى : وشمل ولد البنت، ويقدم ابن البنت على ابن ابن الابن ، لأن الأول أقرب .

وفى الوصية لأقرب أقارب زيد ، وفى وصية المرء لأقاربه أو لأقرب أقاربه لا يدخل الورثة فى الأصح ، لأنهم لا يوصى لهم ، فيختص بالوصية الباقون ، وهذا الاطلاق يدخل ابن البنت فى الصورتين اذا لم يكن وارثا [2] .

مذهب الحنابلة :

جاء فى كشاف القناع : وان أوصى لقرابته أو لأقرب الناس اليه أو لأقربهم رحما لا يدفع الى الأبعد مع وجود الأقرب ، ولا يدخل فى القرابة من كان من جهة الأم ، كالأخوة لأم والجد لها والخال والخالة ، وأحال بالحكم على باب الوقف .

وفى باب « الوقف » قال : ولا يدخل ولد البنات فى الوقف على ولده أو أولاده أو ذريته ونحوه الا بصريح ، كقوله : وقفت على ولدى وأولادهم على أن لولد الاناث سهما ولولد الذكور سهمين ونحوه ، أو بقرينة ، كقوله : من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ، أو قال : وقفت على ولدى فلان وفلان وفلانة وأولادهم .

ومن هذا يعلم أن ابن البنت يدخل فى وصية جده وجدته لأمه [3] .

مذهب الظاهرية :

لابن البنت حق الوصية بما طابت به نفس الموصى « الجد والجدة لأم » لا حد فى ذلك ، على ألا تزيد على الثلث ، فان لم يفعل أعطى ابن البنت ولابد ما رآه الورثة أو الوصى [4] .

مذهب الزيدية :

ولا يختلف حكم الوصية لابن البنت أو منه عن مذاهب أهل السنة الأربعة [5] .

مذهب الامامية :

الوصية لابن البنت مستحبة ، وارثا كان أم غير وارث ، كما أن الوصية من ابن البنت لجده وجدته لأمه كذلك ، فقد جاء فى الروضة البهية [6] : وتستحب الوصية

---

(١) الشرح الصغير جـ٢ ص٤٣٥ .
(٢) قليوبى وعميرة جـ٢ ص١٧٠ .
(٣) كشاف القناع جـ٢ ص٤٦٤ ، ٥١٤ .
(٤) المحلى جـ٩ ص٣١٤ ، ٣١٧ مسألة ١٧٥١ ، ١٧٥٣ .
(٥) البحر الزخار جـ٥ ص٣٠٨ ، ٣٠٩ .
(٦) جـ٢ ص٥٥ ، ٥٤ .

لذوى القرابة وارثا كان أم غيره ، ولا تصح الوصية لأحد من هؤلاء اذا كان حربيا ، اذ الحربى لا تصح الوصية له وان كان رحما ، لأن مال الحربى فىء للمسلم فى الحقيقة ، ولا يجب على المسلم دفعه اليه ، وهذا ينافى صحة الوصية .

مذهب الاباضية :

يرى الاباضية أن على المكلف الحر أن يوصى لأقاربه الذين يرثون اذا لم يوجد من يمنعه من الارث ، ويكون عاصيا ان لم يفعل [1] .

الوقف

مذهب الحنفية :

اذا وقف على ولده ثم على المساكين ، فلولد صلبه ، يستوى فيه الذكر والأنثى . فاذا لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له ، فان كان ابن بنت لا يدخل فى ظاهر الرواية ، وعن محمد يدخل ، ولو ضم الى الولد ولد الولد ، فقال : على ولدى وولد ولدى ثم للمساكين ، اشترك فيه الصلبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته ، وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال : لم أجد من يقول برواية ذلك عن أصحابنا ، وعلى هذه الرواية الثانية يكون ابن البنت داخلا فى الوقف على ولدى فى الأول اذا لم يوجد الا هو ، كما يدخل فى قوله وولدى وولد ولدى فى الثانية مطلقا [2] .

مذهب المالكية :

اذا قال : وقفت على ذريتى أو ذرية فلان ، أو قال : على ولد فلان وفلانة ، أو على أولادى وأولادهم — فانه يتناول الذكور والاناث وأولادهم وفيهم الحاقد ، وفسروا الحاقد بولد البنت [3] .

ومن هذا يظهر أن ابن البنت داخل فى الذرية ، وفى أولادى وأولادهم فيدخل فى وقف لجده وجدته لأمه فى هذه الصور .

مذهب الشافعية :

ويدخل أولاد البنات فى الوقف على الذرية والنسل والعقب وأولاد الأولاد ، الا أن يقول على من ينتسب الى منهم ، فان أولاد البنات لا يدخلون فيمن ذكر ، نظرا الى القيد المذكور ، أى ان كان معتبرا شرعا بأن يكون الواقف ذكرا ، فان كان أنثى دخلوا بجعل الانتساب لغويا [4] .

مذهب الحنابلة :

قالوا : وان وقف على عقبه أو عقب غيره أو نسله أو ولد ولده أو ذريته — دخل فيه ولد البنين وان نزلوا ، ولا يدخل فيه ولد البنات بغير قرينة ، لأنهم لا ينسبون اليه .

وعن الامام أحمد : يدخلون ، وهذه الرواية قدمها فى المحرر والرعاية . واختارها أبو الخطاب فى الهداية ، لأن البنات أولاده ، وأولادهن أولاد أولاده حقيقة . قال فى الشرح : « والقول فى دخولهم

---

(١) شرح النيل جـ٦ ص١٦٢ .

(٢) فتح القدير جـ٥ ص٤٥١ .

(٣) الشرح الصغير جـ٢ ص٢٨٦ .

(٤) قليوبى وعميرة على الجلال ، المحلى جـ٣ ص١٠٤

أصح وأقوى » .

وعلى هـذه الرواية الثانيـة يكون ابن البنت داخـلا فى وقف جده لأمه وجـدته الغير الصحيحة [١] .

مذهب الظاهرية :

ابن البنت لا يدخل فى الوقف اذا حبس الواقف على عقبه وعلى عقب عقبه ، أو على زيد وعقبه ، الا اذا كان ابن البنت ينتهى بنسب آبائه الى الواقف .

قال ابن حزم : ومن حبس على عقبـه وعلى عقب عقبه ، أو على زيد وعقبـه — فانه يدخل فى ذلك البنات والبنون ، ولا يدخل فى ذلك بنو البنات اذا كانوا ممن لا يخرج بنسب آبائه الى المحبس [٢] .

مذهب الزيدية :

جاء فى البحر الزخار : ومن وقف عـلى أولاده وأولادهم عم أولاد البنـات ، فان قال : على أولاد أولادى الذين ينتسبون الى — خرج أولاد البنات [٣] .

مذهب الامامية :

اذا قال الواقف : وقفت على أولادى — فان ابن البنت يعتبر موقوفا عليه ، ويشترك مع الأولاد فى الوقف .

فقد جاء فى الروضة البهيـة قوله : اذا وقف عـلى أولاده اشـترك أولاد البنين والبنات ، لاستعمال الأولاد فيما يشـمل أولادهم استعمالا شائعا لغة وشرعا كقوله

(١) الكشاف جـ٢ ص٤٦٢ .
(٢) المحلى جـ٩ ص١٨٣ مسألة ١٦٥٦ .
(٣) البحر الزخار جـ٤ ص١٥٥ .

تعالى: «يابنى آدم» [٤] ، «يابنى اسرائيل» [٥] و «يوصيكم الله فى أولادكم» [٦] ، وللاجماع على تحريم ولد الولد ذكرا وأنثى من قوله تعالى «وحلائل أبنائكم» [٧] ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تزرموا ابنى » يعنى الحسن .. الى أن قال وهذا الاستعمال كما دل على دخول أولاد الأولاد فى الأولاد ، دل على دخول أولاد الاناث أيضا ، وقيـل لا يدخل ابن البنت فى الوقف على الأولاد ، لأن الوقف على الأولاد لا يشـمل أولاد الأولاد . نعـم لو قال وقفت على أولاد أولادى ، فانه حينئذ يدخل أولاد البنين والبنات بغير اشكال .

وعلى القول بدخول ابن البنت فى الوقف فان القسمة تكون بين الجميـع بالسـوية اذ الأصل عدم التفاضـل ، الا أن يكون التفضيل بالتسريح ، أو بقوله : على كتاب الله ، ولا يدخل ابن البنت فيما اذا قال : وقفت على من انتسب الى . قالوا : وهذا على أشهر القولين عملا بدلالة اللغة والعرف والاستعمال [٨] .

العتـــق

مذهب الحنفية :

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ، وهذا اللفظ مروى عن رسول الله عليـه الصلاة والسلام ، وهو بعمومه يتناول كل قرابة محرمية أولادا أو غيره . ومفاد ذلك أن ابن البنت اذا دخـل فى ملك جده أو

(٤) سورة الاعراف : ٣١ وغيرها .
(٥) سورة البقرة : ٤٠ وغيرها .
(٦) سورة النساء : ١١ .
(٧) سورة النساء : ٢٣ .
(٨) الروضة البهية جـ١ ص٢٦٥ ، ٢٦٦ .

جدته عتق عليهما ، كما أن أحدهما اذا دخل فى ملكه عتق عليه [١] .

مذهب المالكية :

وعتق بنفس الملك أصله ، أى بمجرد الملك ، أى ملك غير المدين نسبا لا رضاعا وان علا ، فينعتق عليه الجد وفرعه وان سفل بالاناث فأولى بالذكور ، واخوته ولو لأمه بشرط أن يكونا ، أى الرقيق والمالك ، مسلمين أو أحدهما .

وهذا واضح فى أن ابن البنت يعتق على جده وجدته اذا ملكه أحدهما وأن كليهما يعتق عليه بالملك بشرط ألا يكون المالك مدينا [٢] .

مذهب الشافعية :

اذا ملك أصله وفرعه عتق عليه ، قال عليه الصلاة والسلام : « لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه ويعتق» أى بمجرد الشراء يصير عتيقا . وسواء فى الأصل الذكر والأنثى وان علوا ، وفى الصريح كذلك وان سفل .

قال القليوبى تعليقا على قوله « أصله وفرعه » : أى من النسب ولو علا أو اختلفا دينا ومن هذا يتضح أن ابن البنت يعتق على جده أو جدته اذا دخلا فى ملك أحدهما ، وكذا يعتقان عليه اذا دخلا أو أحدهما فى ملكه .

قال الشارح : وسواء الملك الاختيارى بالشراء ونحوه ، والقهرى بالارث ، ولا يعتق غير الأصل والفرع من الأقارب [٣] .

(١) فتح القدير والكفاية جـ٤ ص٢٤٧ .
(٢) الشرح الصغير مع الحاشية جـ٢ ص٤١٢ .
(٣) القليوبى وعميرة جـ٤ ص٣٥٤ .

مذهب الحنابلة :

قال صاحب كشاف القناع : ويحصل العتق بالقول وبالملك ، الى أن قال : وأما الملك الذى يحصل به العتق فمن ملك ذا رحم محرم ولو مخالفا له فى الدين ، بميراث أو غيره ولو حملا — عتق عليه ، والمحرم من لا يحل التزوج به للنسب لا رضاعا ولا مصاهرة .

وعلى ذلك اذا دخل ابن البنت فى ملك جده أو جدته عتق عليه كما يعتقان عليه اذا دخلا أو أحدهما فى ملكه [٤] .

مذهب الظاهرية :

ابن البنت اذا ملك جدته أو جده لأمه أو بعضا منهما عتق عليه ساعة يملكه كما يعتق ابن البنت على جدته أو جده لأمه اذا ملكه أحدهما .

ويجبر ابن البنت على شراء جدته وجده لأمه اذا كان له مال ولو بأغلى من قيمتهم اذا أراد سيدهم بيعهم ؛ فان أبى لم يجبر السيد على البيع [٥] .

مذهب الزيدية :

جاء فى البحر الزخار : وأسباب العتق خمسة : الأول : أن يملكه أو بعضه أى أصوله أو أى فروعه عند الأكثر ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » .

ومن هذا يؤخذ أن ابن البنت يعتق اذا ملكه الجد أو الجدة لأم ، كما يعتق كل

(٤) كشاف القناع جـ٢ ص٦٢٨ ، ٦٢٩ .
(٥) المحلى لابن حزم جـ٩ ص٢٠٠ مسألة ١٦٦٧ .

منهما اذا ملكه ابن البنت ، لا فرق فى ذلك بين ملك الكل وملك البعض [١] .

مذهب الامامية :

ابن البنت اذا ملك جده أو جدته لأمه عتق كل منهما عليه ، وكذلك يعتق ابن البنت لو ملكه جده أو جدته لأمه ، وهذا بالاجماع عندهم فى قرابة النسب ، وعلى أصح القولين رضاعا ، ولا فرق فى ذلك بين الملك القهرى والاختيارى ، ولا بين الكل والبعض . وقرابة الشبهة الناتجة عن الوطء بشبهة تأخذ حكم الصحيح ، بخلاف قرابة الزنا على الأقوى . وهذا الحكم بالاجماع اذا ملك ابن البنت جده أو جدته لأمه وهو مكلف ، أما اذا ملكهما وهو صبى — فقيل يعتقان عليه فور الملك ، وقيل لا يعتقان عليه الى أن يبلغ .

وهذا مستفاد من قول صاحب الروضة البهية فى باب البيوع : « ولا يستقر للرجل ملك الأصول ، وهم الأبوان وآباؤهما وان علوا ، والفروع وهم الأولاد ذكورا واناثا وان سفلن ، والاناث المحرمات كالعمة والخالة والأخت نسبا اجماعا ورضاعا على أصح القولين .

ولا يستقر للمرأة ملك العمودين : الآباء وان علوا ، والأولاد وان سفلوا ، ويستقر على غيرهما وان حرم نكاحه كالأخ والعم والخال » .. الخ .

وجاء فى كتاب العتق من الروضة البهية قوله : ويحصل العتق باختيار سببه وغيره ، فالأول بالصيغة المنجزة والتدبير والكتابة والاستيلاد ، وشراء الذكر أحد العمودين أو المحارم من النساء والأنثى أحد العمودين ، كما جاء قوله : وقد يحصل العتق بالملك فيما اذا ملك الذكر أحد العمودين أو احدى المحرمات نسبا أو رضاعا والمرأة أحد العمودين [٢] .

مذهب الاباضية :

ابن البنت نسبا اذا ملكه جده أو جدته لأمه عتق عليه مع تمام الشراء ، وكذلك يعتق الجد والجدة لأم اذا ملكهما ابن بنتهما نسبا ، وأما رضاعا فلا يعتق أحد من هؤلاء بملك الآخر له .

فقد جاء فى شرح النيل ما نصه : «وان كانت محرمة لبعض الورثة فاشتراها ذلك البعض وحده أو معهم أو مع بعضهم — حررت عليه مع تمام الشراء ، وكان له الولاء . فبتمام الشراء تتحرر ، لأن من ملك ذا محرم منه بالنسب أو ملك بعضه خرج حرا . وأما ذو محرم بالرضاع أو بالصهر كأم الزوجة ، أو بالزنا — فلا يخرج حرا اذا ملكه ذو محرم منه بذلك [٣] .

المحرمية

حرمة النكاح بين ابن البنت وجدته لأمه ثابتة باجماع المذاهب الثمانية [٤] .

---

(١) البحر الزخار جـ٤ ص١٩٣ ، ١٩٤ .

(٢) الروضة البهية جـ٢ ص١٩٠ ، ١٩٥ .

(٣) شرح النيل جـ٦ ص٣٢٩ .

(٤) للاحناف فتح القدير جـ٣ ص١١٧ ، ١٢١ .
وللمالكية الشرح الصغير جـ١ ص٣٧١ ، ٤٧٨ .
وللشافعية قليوبى وعميرة جـ٣ ص٢٤٠ .
وللحنابلة كشاف القناع جـ٣ ص٢٨٢ ، ٣٣٩ .
وللظاهرية المحلى جـ٩ ص٥٢٠ ، ٥٢١ .
وللزيدية البحر الزخار جـ٣ ص٣١ .
وللامامية الروضة البهية جـ٢ ص٨٠ .
وللاباضية شرح النيل جـ٣ ص١٢ ، ١٣، ١٤ .

ولاية التزويج

مذهب الحنفية :

ابن البنت من ذوى الأرحام ، فليس له ولاية على جده وجدته لأمه الا على مذهب أبى حنيفة حال ضعف أهليتها ، وكذلك ليس للجد من ناحية الأم أو الجدة كذلك ولاية على تزويج ابن البنت ناقص الأهلية عند الصاحبين خلافا للامام [١] .

مذهب المالكية والشافعية والحنابلة :

ليس لابن البنت ولاية تزويج جده لأمه أو جدته لأمه ، كما أنه ليس لهما ولاية تزويجه لعدم العصوبة [٢] .

مذهب الظاهرية والزيدية والامامية :

ابن البنت لا ولاية لجده لأمه عليه ، كما أنه ليس لابن البنت ولاية تزويج جده أو جدته لأمه اذا كانا فاقدى الأهلية « مجنونين » [٣] .

مذهب الأباضية :

يرى الاباضية أن لابن البنت والجد لأم حق ولاية الانكاح اذا لم يكن هناك ولى ، أو غاب الولى فى مسافة ثلاثة أيام فأكثر ، أو امتنع بما لا يقبل ولم يكن ولى دونه ، أو كان ولى كالعدم كمجنون ومرتد ومشرك ، فذو الرحم حينئذ أولى من السلطان ، واختار البعض السلطان ولو جائرا [٤] .

(١) الهداية والفتح جـ٢ ص٤٠٥ وما بعدها .
(٢) للمالكية : الشرح الصغير جـ١ ص٣٥٦ ، ٣٥٧
وللشافعية : الجلال لقليوبى وعميرة جـ٣ص٢٢٤
وللحنابلة : كشاف القناع جـ٣ ص٢٧، ٢٨، ٢٩
(٣) للظاهرية المحلى جـ٩ ص٤٥٨ وما بعدها .
وللزيدية : البحر الزخار جـ٣ كتاب النكاح .
وللامامية : الروضة البهية جـ٢ كتاب النكاح .
(٤) شرح النيل جـ٣ ص٧٠ .

الشهادات

مذهب الحنفية :

يقولون فى باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل : ولا تقبل شهادة الوالد لولده نسبا وولد ولده ، ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده لحديث : « لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره » ، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة [٥] .

مذهب المالكية :

ولا تقبل شهادة لمتأكد القرب ، لاتهامه بجر النفع لقريبه ، كوالد لولده وان علا كالجد وأبيه ، وولد لوالده وان سفل كابن الابن وابن البنت [٦] .

مذهب الشافعية :

ولا تقبل الشهادة لأصل ولافرع للشاهد وتقبل منه عليهما [٧] .

مذهب الحنابلة :

من موانع الشهادة قرابة الولادة ، فلا تقبل شهادة عمودى النسب بعضهم لبعض من والد وان علا ولو من جهة الأم كأب الأم وأبيه وجده ، ولا من ولد وان سفل من ولد البنين أو البنات ، لأن كلا من الوالدين والأولاد متهم بالنسبة لصاحبه لأنه يميل اليه بطبعه ، وسواء اتفق بعضهم أو اختلف ، وسواء جر بها نفعا للمشهود له أو لا . وتقبل شهادة بعضهم على بعض لانتفاء التهمة [٨] .

(٥) فتح القدير والكفاية جـ٦ ص٤٧٧ .
(٦) الشرح الصغير جـ٢ ص٣٢٤ .
(٧) القليوبى وعميرة جـ٤ ص٣٢٢ .
(٨) كشاف القناع جـ٤ ص٢٦١ ، ٢٦٢ .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى : وكل عدل فهو مقبول لكل أحد وعليه ، كالأب والأم لابنهما ولأبيهما ، والابن والابنة للأبوين والأجداد والجدات ، والجد والجدة لبنى بنيهما ، وكذا سائر الأقارب بعضهم لبعض كالأباعد ولا فرق .. الخ .

ومن هذا يؤخذ أن الظاهرية يقبلون شهادة ابن البنت اذا كان عدلا ، كما تقبل الشهادة عليه من جده أو جدته لأمه [١] .

مذهب الزيدية :

تقبل شهادة ابن البنت لجده وجدته لأمه ، كما تقبل شهادتهما له بشرط العدالة ، فقد جاء فى البحر الزخار : وتصح من الوالد لولده والعكس ، لعموم قوله تعالى « ذوى عدل » [٢] وتقبل من الأقارب بعضهم لبعض .

وجاء فى شرح الأزهار : تجوز شهادة الابن لأبيه والأب لابنه والأخ لأخيه ، وكل ذى رحم لرحمه اذا كانوا عدولا [٣] .

مذهب الامامية :

اشترط الامامية فى قبول الشهادة عدم التهمة (وهى أن يجر اليه بشهادته نفعا أو يدفع عنه بها ضرا) ولا يقدح مطلق التهمة ، فان شهادة الصديق لصديقه مقبولة ، والوارث لمورثه بدين وان كان مشرفا على التلف ما لم يرثه قبل الحكم بموجب الشهادة ، وعلى هذا تقبل شهادة كل منهما للآخر عند انتفاء التهمة المانعة [٤] .

مذهب الاباضية :

فقهاء الاباضية يمنعون قبول شهادة ابن البنت لجده أو جدته لأمه ، كما يمنعون قبول شهادة أحدهما له ، فقد بين صاحب شرح النيل من لا تقبل شهادته وذكر منهم متأكد القرب كأب وان علا وولد وان سفل [٥] .

القضاء

مذهب الحنفية :

كل من تقبل شهادته له وعليه يصح قضاؤه له وعليه [٦] .

مذهب المالكية :

ولا يحكم الحاكم لمن لا يشهد له كأبيه وابنه وأخيه وزوجته الا باقرار المدعى عليه اختيارا وجاز أن يحكم عليه .

ومفاد هذا عدم الحكم من ابن البنت لجده أو لجدته ولا من الجد لابن بنته الا اذا كان الخصم المدعى عليه مقرا بالاختيار اذ لا تهمة حينئذ [٧] .

مذهب الشافعية :

ولا ينفذ حكمه لنفسه ورقيقه وشريكه فى المشترك ، وكذا أصله وفرعه ورقيق كل منهما وشريكه فى المشترك على الصحيح ، والثانى ينفذ حكمه لهم بالبينة .

---

(١) المحلى جـ٩ ص٤١٥ .
(٢) سورة الطلاق : ٢
(٣) البحر الزخار جـ٥ ص٣٥ ، ٣٦ وشرح الازهار جـ٤ ص١٩٨ .

(٤) الروضة البهية جـ١ ص٢٥٣ .
(٥) شرح النيل جـ٦ ص٥٨٤ ، ٥٨٥ .
(٦) الدر على هامش ابن عابدين جـ٤ ص٤٩٥ طبعة استانبول سنة ١٣٢٦ هـ .
(٧) الشرح الصغير جـ٢ ص٣١٦ .

فيتضح من ذلك عدم نفاذ حكم الجد لأم لابن بنته ، كما أنه لا ينفذ حكم ابن البنت لجده أو لجدته ، وعلى القول الثانى ينفذ حكم كل منهما للآخر بالبينة لعموم الأدلة [١] .

مذهب الحنابلة :

أنه لا يصح للقاضى أن يحكم لذى رحم محرم منه وله الحكم عليه [٢] .

مذهب الاباضية :

قال فقهاء الاباضية : ويحكم بين القرابة كالأب والابن ، فان تحاكم اليه قريبه مع غيره فليدفعهم الى غيره ، وان حكم بالحق بينهما فحسن ، ويحكم بين قرابته [٣] .

ويستفاد من هذا أنه يجوز لابن البنت أن يحكم بين جده لأمه أو جدته لأمه وغيرهم ، قريبا كان أم بعيدا ، وان كان ينبغى له دفعهم الى غيره .

القصاص

مذهب الحنفية :

ولا يقتل الرجل بابنه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : «لا يقاد الوالد بولده» ، ولأنه سبب لاحيائه فمن المحال أن يستحق له افقاده ، ولهذا لا يجوز قتله وان وجده فى صف الأعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن ، والجد من قبل الرجال أو النساء وان علا فى هذا بمنزلة الأب ، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب والأم قربت أو بعدت لما بينا ، ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط ، ومن هذا يؤخذ أن ابن البنت يقتص منه لجده أو جدته لأمه ولا يقتص منهما له [٤] .

مذهب المالكية :

اذا قتل الولد أصله عمدا فانه يقتص منه كالأجنبى ، لتحقق شروط القصاص فيه [٥]

مذهب الشافعية :

ولا قصاص بقتل ولد للقاتل وان سفل ، لحديث « لا يقاد للابن من أبيه » ، والبنت كالابن ، والأم كالأب ، وكذا الأجداد والجدات وان علوا من قبل الأب أو الأم [٦]

مذهب الحنابلة :

الشرط الرابع من شروط ثبوت القصاص ألا يكون المقتول من ورثة القاتل ، فلا يقتل والد أبا كان أو أما وان علا بولده وان سفل من ولد البنين أو البنات للحديث السابق الى أن قال : « ويقتل الولد المكلف ذكرا كان أو أنثى بقتل واحد من الأبوين المكافئين وان علوا » [٧] .

مذهب الظاهرية :

يقاد من ابن البنت لجده وجدته كما يقاد له منهما ، فقد جاء فى المحلى قوله : ان ذا القربى يحد فى قذف ذى القربى ، ثم ذكر أن الحدود والقود واجبان على الأب للولد ، وقال : أخذا من آية « والذين

(١) القليوبى وعميرة جـ٤ ص٣٠٢ .
(٢) كشاف القناع جـ٤ ص١٨٦ .
(٣) شرح النيل جـ٦ ص٥٥٦ .

(٤) تكملة فتح القدير على الهداية جـ٨ ص٢٥٩ .
(٥) الشرح الكبير جـ٤ ص٢٣٧ .
(٦) شرح الجلال لقليوبى وعميرة جـ٤ ص١٠٧ .
(٧) كشاف القناع جـ٣ ص٣٥١ ، ٣٥٢ .

يرمون المحصنات »[١] ان الله تعالى اذ عم ولم يخص فانه أراد أن يحد الوالد لولده والولد لوالده بلا شك[٢] .

مذهب الزيدية :

ابن البنت يقتل اذا قتل جده أو جدته لأمه وتوفرت شروط القصاص ، ولا يقتل الجد ولا الجدة لأم بقتل ابن البنت ، فقد جاء فى البحر الزخار : ولا يقتل والد بولده لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يقاد والد بولده » ، وتلزمه الدية ، ثم قال وتجب الكفارة لسقوط القود كالخطأ ، قال والجدات من الطرفين كالآباء ولسقوط القود اذ يعمهم لفظ الولد[٣] .

مذهب الامامية :

يقتل ابن البنت بجده وجدته لأمه ما لم يكن صبيا أو مجنونا ، أو مسلما وجده أو جدته كافرين ، أو حرا وهما عبدان ، أو كانا غير محقونى الدم . فلو أباح الشرع قتلهما بزنى أو لواط أو كفر فقتلهما ابن البنت فلا قصاص عليه ، كذلك الحكم لو قتل الجد أو الجدة لأم ابن البنت فانهما يقتلان مع توفر الشروط السابقة ، فقد جاء فى الروضة البهية : يقتل الأقارب غير الأب بعضهم ببعض كالولد بوالده والأم بابنها والأجداد من قبلها وان كانت لأب والجدات مطلقا[٤] .

(١) سورة النور : ٤ .
(٢) المحلى جـ١٠ ص٢٩٥ ، ٢٩٦ .
(٣) البحر الزخار باب القصاص ٢٢٥ ، ٢٢٦ .
(٤) الروضة البهية جـ٢ ص٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٧ .

مذهب الاباضية :

يرى الاباضية أن الجد والجدة يقتلان بابن البنت ، فقد جاء فى شرح النيل : ولا يقتلان ، أى الأب والأم ، به أى بولدهما اذا قتلاه . ويقتل به جده وجدته ، الا ان قتلاه لديانته فانهما يقتلان حدا لا قصاصا ، ويقتل الولد بهما[٥] .

النفقات

مذهب الحنفية :

قال فى الدر المختار : النفقة لأصوله — ولو كان أب أمه — الفقراء ولو قادرين على الكسب .

وفى ابن عابدين تعليقا على قوله « ولد أب » أنه شمل التعميم الجدة من قبل الأب أو الأم ، وكذا الجد من قبل الأم كما فى البحر[٦] .

ويجب للفرع ومنه ابن البنت على أصله والمعتبر فى الوجوب القرب بعد الجزئية دون الميراث[٧] .

مذهب المالكية :

ولا يجب على الولد نفقة جده وجدته مطلقا من جهة الأب أو الأم ، ولا يجب نفقة ولد ابن ذكرا أو أنثى على جده ، وبالأولى ابن البنت[٨] .

مذهب الشافعية :

يلزم الشخص ذكرا كان أو أنثى نفقة الوالد وان علا من ذكر وأنثى ، ويلزمه نفقة الولد وان نزل من ذكر وأنثى[٩] .

(٥) شرح النيل جـ٨ ص٧٥ .
(٦) ابن عابدين جـ٢ ص٦٩٦ — ٦٩٨
(٧) المرجع السابق جـ٢ ص٩٣٤ .
(٨) الشرح الكبير جـ٢ ص٥٢٣ .
(٩) القليوبى وعميرة جـ٤ ص٨٤ .

مذهب الحنابلة :

تجب على الشخص نفقة والديه وان علوا ، ويجب على الشخص أيضا نفقة ولده وان نزل [١] .

مذهب الظاهرية :

ابن البنت وان سفل تجب عليه نفقة جده الفقير مما ينفق منه على نفسه ، فان لم يفضل له عن نفقته شيء لم يكلف أن يشركه في ذلك أحد [٢] .

مذهب الزيدية :

ابن البنت الموسر تلزمه نفقة جديه المعسرين ، ولا يلزم باعفافهما بالتزويج ، وقيل يلزم [٣] .

مذهب الامامية .

تجب النفقة لابن البنت على جده وان علا ، كما تجب لجده عليه وان نزل ، بشرط أن يفضل عن قوت المنفق وقوت زوجته ليومه الحاضر وليلته ، فان لم يفضل شيء فلا شيء عليه ، لأنها مواساة وهو ليس من أهلها وليس على أحد منهما تزويج الآخر ، كما لا يجب عليه تأجير خادم له ولا النفقة على خادمه الا مع الزمانة المحوجة اليه [٤] .

مذهب الاباضية :

قال الاباضية أنه تجب عليك نفقة كل من ترثه ، ولا تجب للرحم ، الا اذا لم يكن وارث سواك [٥] .

وقال : لا يدركها الجد من جهة الأم الا اذا لم يكن لها وارث سواه ، فانه يرثها وينفقها ، وهكذا سائر ذوى الأرحام [٦] .

وتجب على قدر الارث والوسع والقتر ولو كلاليا على المختار .

ثم قال أيضا : وتجب على قدر الارث والقتر ولو كلاليا على المختار [٧] ، وعلى هذا الرأى تكون نفقة ابن البنت واجبة على جده لأمه اذا لم يكن لابن البنت وارث سوى الجد ، كما أن نفقة الجد واجبة على ابن بنته اذا لم يكن للجد وارث سوى ابن البنت .

الرأى الثانى فى المذهب : عدم وجوب النفقة على ابن البنت لجده لأمه ولا على الجد لأم لابن البنت لأن وجوب النفقة انما يكون على العصبات فقط [٨] .

السرقة

مذهب الحنفية :

ومن سرق من أبويه وان علوا ، أو ولده وان سفل ، أو ذى رحم محرم منه ، لم يقطع [٩] .

مذهب المالكية :

لا يقطع الجد ولو لأم اذا سرق من مال ابن ولده ، للشبهة القوية فى مال الولد وان سفل ، بخلاف الولد يسرق من مال أصله فيقطع لضعف الشبهة [١٠] .

---

(١) كشاف القناع جـ٣ ص٣١٣ ، ٣١٤ طبعة ٣١٩هـ
(٢) المحلى جـ١٠ المسألة ١٩٣٣ .
(٣) البحر الزخار جـ٣ النفقات .
(٤) الروضة البهية جـ٢ باب النكاح .
(٥) شرح النيل جـ٧ ص٢٠٧ ، ٢٠٨ .

(٦) المرجع السابق ص٢٠٩ .
(٧) شرح النيل جـ٢ باب التفليس .
(٨) شرح النيل جـ٧ ص٢٠٨ ، ٢١١ .
(٩) شرح الهداية مع فتح القدير جـ٥ ص١٤٢ طبعة الحلبى .
(١٠) الشرح الكبير جـ٤ ص٣٣٧ .

مذهب الشافعية :

لا قطع بسرقة مال أصل وفرع للسارق ، لما بينهم من الاتحاد [١] .

مذهب الحنابلة :

ويشترط للقطع فى السرقة انتفاء الشبهة ، فلا يقطع بسرقة مال ولده وان سفل ، وسواء فى ذلك الأب والأم والابن والبنت والجد والجدة من قبل الأب والأم [٢] .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى لابن حزم: وقال أصحابنا : القطع واجب على من سرق من ولد أو من والديه أو من جدته أو من جده أو من ذى رحم محرمة أو غير محرمة ، لقوله تعالى : « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين » [٣] ، فصح أمر الله تعالى بالقيام عليهم بالقسط وبأداء الشهادة عليهم ، ومن القيام بالقسط اقامة الحدود عليهم ، ولقوله تعالى : «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» [٤] .

وأوجب رسول الله عليه الصلاة والسلام القطع على من سرق وقال : « ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام » .

فلم يخص الله تعالى فى ذلك ، ولا رسوله صلى الله عليه وسلم ، ابنا من أجنبى ولا خص فى الأموال مال أجنبى من مال ابن ، ومن هذا يؤخذ أن ابن البنت يقطع اذا سرق من جده أو جدته لأمه كما يقطع الجد والجدة لأم إذا سرقا من ابن البنت [٥] .

مذهب الزيدية :

قال فى البحر الزخار : ولا يقطع الوالد لولده وان سفل ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » ، فله شبهة ، والأم كالأب اتفاقا .

ثم قال : ويقطع الولد لوالده ، ثم قال : ويقطع سائر الأرحام المحارم وغيرهم [٦] .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية : لا يقطع من سرق من مال ولده وان نزل وبالعكس ، وهو ما لو سرق الولد مال والده وان علا ، أو سرقت الأم مال ولدها ،يقطع كل منهما لعموم الآية ، يريد قوله تعالى : «والسارق والسارقة » خرج منه الوالد ، فيبقى الباقى . وقال بعض الفقهاء : لا تقطع الأم بسرقة مال ولدها كالأب ، لأنها أحد الوالدين، ولاشتراكهما فى وجوب الاعظام، والجد لأم كالأم .

ومن هذا يستفاد أن ابن البنت يقطع فى سرقته من جده أو جدته لأمه متى توفرت شروط القطع ، وكذلك الحكم فيما لو سرق الجد أو الجدة لأم ابن بنتهما ، وهذا هو مشهور المذهب وهو الأصح .

---

(١) شرح الجلال المحلى بحاشية القليوبى جـ٤ ص١٨٨ طبعة دار الكتب العربية .

(٢) كشاف القناع جـ٤ ص٨٤ المطبعة الشرفية سنة ١٣١٩ هـ .

(٣) سورة النساء : ١٣٥ .

(٤) سورة المائدة : ٣٨ .

(٥) محلى جـ١١ ص٣٤٥ ، ٣٤٦ .

(٦) البحر الزخار جـ٥ ص١٧٢ .

وعند أبى الصلاح : لا يقطع الجد أو الجدة لأم اذ هما كالأم ، والأم عنده لا تقطع لأنها كالأب [١] .

مذهب الاباضية :

يفهم مما ورد فى شرح النيل من قوله : ولا يقطع الأب بالسرقة من ابنه ، وزاد الشافعى الجد وزاد أبو حنيفة كل ذى رحم — أن الاباضية يقولون يقطع الجد لأم والجدة لأم بالسرقة من ابن البنت ، كما يقطع ابن البنت بالسرقة منهما أو من أحدهما ، لأنه لما خص القطع بالأب ، واعتبر قول الشافعى بعدم قطع الجد زيادة على الأب — فهم أن المراد عندهم بالأب هو الأب المباشر ، وأن الجد لا يدخل عندهم فى الأب ، والا لما قال : وزاد الشافعى الجد ، ولذلك فان الجد يقطع عندهم .

وقولهم : وزاد أبو حنيفة كل ذى رحم ، يفهم منه أنهم يقولون بالقطع بين ذوى الأرحام [٢] .

القذف

مذهب الحنفية :

ليس لابن البنت أن يطالب بحد جده لأمه أو جدته لأمه اذا قذفه واحد منهما أو قذف أمه [٣] .

مذهب المالكية :

وليس لمن قذفه أبوه أو أمه وان علا حدهما على الراجح ، وهو مذهب المدونة ، ومقابله يحدان بقذفه تصريحا [٤] .

مذهب الشافعية :

لا يحد الأصل بقذف الولد وان سفل ذكرا كان أو أنثى ، ويبقى ما عدا ذلك على الأصل ، وهو وجوب الحدعلى القاذف [٥] .

مذهب الحنابلة :

قال فى كشاف القناع : من قذف وهو مكلف مختار محصن ذات محرم — حد ، سوى أبوى المقذوف وان علوا فلا يحدان بقذف ولد وان نزل .

ثم قال : ويحد الابن بقذف كل واحد من آبائه وأمهاته وان علوا لعموم الآية [٦] .

مذهب الظاهرية :

يحد ابن البنت اذا قذف جده أو جدته لأمه كما يحد كل منهما بقذفه ، وذلك مفهوم مما جاء فى المحلى لابن حزم من أن ذا القربى يحد فى قذف ذى القربى .

ثم قال : الحدود والقود واجبان على الأب للولد ، وقال : ان ذلك مأخوذ من آية : «والذين يرمون المحصنات» [٧] واذ عم الله تعالى ولم يخص علم أنه أراد أن يحد الوالد لولده والولد لوالده بلا شك [٨] .

---

(١) الروضة البهية جـ٢ ص٣٧٧ .
(٢) شرح النيل جـ٧ ص٦٥١ .
(٣) فتح القدير جـ٤ ص١٩٦ .
(٤) الشرح الصغير بحاشية الصاوى جـ٢ ص٣٩٦ .
(٥) نهاية المحتاج جـ٧ ص٤١٥ .
(٦) كشاف القناع جـ٤ ص٦٢ ، ٦٣ .
(٧) سورة النور : ٤ .
(٨) المحلى جـ١١ ص٢٩٥ ، ٢٦٩ .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار : ولو كان القاذف والدا للمقذوف فانه يلزمه الحد . ثم قال بعد ذلك : ولا خلاف فى أن الابن اذا قذف أباه لزمه الحد .

وفى البحر الزخار قال : ويحد الوالد للعموم ، يريد عموم قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات » الآية .

فاذا كان الوالد يحد لقذف ابنه والابن يحد لقذف أبيه فمن باب أولى يحد ابن البنت لقذف جده أو جدته لأمه ، كما يحد كل منهما بقذف ابن البنت [١] .

مذهب الامامية :

ابن البنت يحد اذا قذف جده أو جدته لأمه ، كما يحد كل منهما اذا قذفه ، يدل على ذلك ما جاء فى الروضة البهية من أن الوالد اذا قذف ولده حد ، وبالأولى أن الولد يحد بقذف أبيه ، واذا تقرر هذا الحكم فى القذف بين الوالد والولد فأولى أن يتقرر بين ابن البنت وجده وجدته لأمه [٢] .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل : ويحد الوالد بقذف ولده ، ومن هذا يفهم أن الجد والجدة لأم من باب أولى يحد كل منهما بقذف ابن البنت ، كما يحد ابن البنت لقذف جده أو جدته لأمه [٣] .

(١) شرح الأزهار جـ٤ ص٣٥٥ والبحر الزخار جـ٥ ص١٦٤ .

(٢) الروضة البهية جـ٢ ص٣٦٥ .

(٣) شرح النيل جـ٧ ص٦٥٢ .

ابن الخال

تعريف ابن الخال :

ابن الخال هو ابن أخ الأم ، وهو من الصف الرابع من ذوى الأرحام « الصف الرابع هو من ينتمى الى أجداد الميت وجداته » .

عدم محرميته

ابن الخال رحم غير محرم ، يحل النكاح بينه وبين « ابنة عمته » شأنه شأن الأجنبى فى ذلك وفى كثير من الأحكام .

أحكام الجنائز

الغسل والتكفين والصلاة

مذهب الحنفية :

ابن الخال ــ شأنه شأن الأجانب عن الميت ــ لا حق له دون غيره فى تغسيل ابن عمته وبنت عمته ، ولا يلزم بتكفينهما ، لأنه رحم غير محرم فلا ينفرد عن الأجنبى بحكم من هذه الأحكام .

وقد جاء فى مراقى الفلاح « ولو ماتت امرأة مع الرجال المحارم وغيرهم يمموها ــ كعكسه ــ بخرقة تلف على يد الميمم الأجنبى حتى لا يمس الجسد .. وان وجد ذو رحم محرم ييمم الميت ، ذكرا كان أو أنثى ، بلا خرقة لجواز مس أعضاء التيمم للمحرم بلا شهوة ، كنظرها اليه » [٤] .

(٤) مراقى الفلاح المطبوع على حاشية الطحاوى ص٣٣٣ الطبعة الثانية .

« ومن مات ولا مال له فكفنه على من تلزمه نفقته من أقاربه ، وان لم يوجد من تجب عليه نفقته ففى بيت المال تكفينه وتجهيزه » .

«وابن الخال لاتلزمه نفقة لابن عمته ولا لبنت عمته مالم يكن زوجا لها لأنه ليس ذو رحم محرم منهما » .

وسيأتى بيان ذلك فى نفقة ابن الخال [١] .

ولابن الخال الحق فى التقدم على غيره اذا لم يوجد من له حق التقدم عليه فى الصلاة .

فقد جاء فى المصدر السابق : « السلطان أحق بصلاته ثم نائبه ثم القاضى ثم صاحب الشُرط [٢] ثم خليفة الوالى ثم خليفة القاضى ثم امام الحى ثم الولى الذكر ويقدم الأقرب فالأقرب كترتيبهم فى النكاح » [٣] .

وعبارة ابن عابدين « بترتيب عصوبة الانكاح » .

ولما كان لابن الخال ولاية التزويج بترتيبه الوارد فى ولاية النكاح كان له حق التقدم للصلاة على الميت .

وقد استظهر ذلك ابن عابدين فى حاشيته على الدر المختار ، قال :

« والظاهر أن ذوى الأرحام داخلون فى الولاية والتقييد بالعصوبة لاخراج النساء فقط فهم أولى من الأجنبى وهو ظاهر ويؤيده تعبير الهداية بولاية النكاح » [٤] .

(١) المرجع السابق ص٣٣٤ .
(٢) الشرط جمع شرطى وهم أعوان الحاكم وصاحبهم رئيسهم .
(٣) مراقى الفلاح على حاشية الطحاوى ص٣٤٣ .
(٤) ابن عابدين جـ١ ص٨٢٤ .

وترتيب ابن الخال فى الصلاة على الميت ترتيبه فى باب الولى فى النكاح — وسيأتى بيانه فى ولاية النكاح لابن الخال .

مذهب المالكية :

جاء فى حاشية الخطاب على خليل ، فيمن له حق الغسل :

« ثم أقرب أوليائه على ترتيب ولاية النكاح وكذلك حكم التقدم للصلاة عليه » الا أن يكون زوجا فيقدم على الأولياء فى الغسل بصفته زوجا لا باعتباره ابن خال .

وليس لابن الخال ولاية النكاح كما سيأتى فى ولاية النكاح لابن الخال [٥] .

وأما التكفين :

« والكفن على المنفق لقرابة ثم قال : ان لم يكن للفقير والد أو ولد أو كانوا فقراء فعلى بيت المال ، فان لم يكن بيت مال أو لم يقدر على ذلك منه فعلى جميع المسلمين.

وابن الخال لا تلزمه نفقة كما سيأتى بيانه فى نفقة ابن الخال [٦] فى هذا البحث .

مذهب الشافعية :

ابن الخال له حق التقدم على غيره فى تغسيل ابن عمته بصفته من ذوى الأرحام اذا لم يوجد أحد من عصبته النسبية والسببية . ودوره بين ذوى الأرحام يأتى بعد أولاد بنات العم ، وكذلك الحكم فى الصلاة عليه .

(٥) الخطاب على خليل جـ٢ ص٢١٠ ، ٢١١ الطبعة الاولى .
(٦) المرجع السابق ص٢١٨ .

فقد جاء فى الجزء الثانى من نهاية المحتاج ما نصه : « وأولى الرجال بالرجل اذا اجتمع فى غسله من أقاربه من يصلح لغسله — أولاهم بالصلاة عليه ، وهم رجال العصبات من النسب ثم الولاء كما سيأتى بيانهم [١] .

ثم قال فى نفس المصدر فى بيان الأولى بالصلاة بعد أن ذكر العصبات النسبية والسببية .. ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب ، فيقدم أبو الأم ثم الأخ للأم ثم الخال ثم العم للأم [٢] .

وقال الشبراملسى فى حاشيته على نهاية المحتاج اضافة الى ما ذكر : « والظاهر أن بقية ذوى الأرحام يترتبون بالقرب الى الميت .. » وقال : ودخل فى بقية الأرحام أولاد الأخوات وأولاد بنات العم وأولاد الخال والخالة .. والأقرب أن يقال تقدم أولاد الأخوات ثم أولاد بنات العم ثم أولاد الخال ثم أولاد الخالة .

ولا حق لابن الخال فى تغسيل بنت عمته :

فقد جاء فى المصدر المذكور قوله :

« وأولى النساء بالمرأة فى غسلها اذا اجتمع من أقاربها من يصلح له قراباتها من النساء .. الى أن قال ثم الأجنبية ثم رجال القرابة كترتيب صلاتهم ، الا ابن العم ونحوه من كل قريب ليس بمحرم فكالأجنبى » .

(١) نهاية المحتاج جـ٢ ص٤٤٢ طبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) المرجع السابق ص٤٨٠ .

أما حق ابن الخال فى الصلاة على ابن عمته وبنت عمته فثابت له بعد العصبات . ومن هو أقرب منه من ذوى الأرحام وترتيبه بعد أولاد بنات العم كما ذكر [٣] .

ولا يلزم ابن الخال بتكفين الميت :

اذ التكفين يلزم من تلزمه نفقة الميت حال حياته .

« ومحل التكفين أى الأصل الذى يجب منه كسائر مؤن التجهيز أصل التركة [٤] .

ثم قال : فان لم يكن فعلى من عليه نفقته من قريب أصل أو فرع صغير أو كبير لعجزه بموته أو سيد فى رقيقه وكذا الزوج فى الأصح .. الخ [٥] .

مذهب الحنابلة :

ابن الخال أحق الناس بغسل الميت اذا لم يوجد موصى له ولا عاصب ولا ذو رحم أقرب منه ، فقد جاء فى المغنى والشرح الكبير فى غسل الميت ما يأتى :

« وأحق الناس به وصيه ثم أبوه ثم جده ثم الأقرب فالأقرب من عصباته ثم ذوو أرحام الا الصلاة عليه فان الأمير أحق بها بعد وصيه » [٦] .

وفى نفس المصدر قال فى ترتيب الأولياء وغيرهم فى الصلاة عليه :

(٣) نهاية المحتاج جـ٢ ص٤٤٣ ، ٤٤٤ .
(٤) المرجع السابق ص٤٥١ .
(٥) المرجع السابق ص٤٥٢ .
(٦) المغنى والشرح الكبير جـ٢ ص٣٠٩ الطبعة الاولى فى مطبعة المنار ١٣٤٥ هـ .

« فان انقرض العصبة من النسب فالمولى المعتق » ثم أقرب عصباته ، ثم الرجل من ذوى أرحامه الأقرب فالأقرب ثم الأجانب[١] .

أما تكفين الميت فلا يلزم به ابن الخال الا عند أبى الخطاب من فقهاء الحنابلة ، لأن الكفن لا يجب الا على من تجب عليه نفقة الميت حال حياته .

وجاء فى المرجع السابق فى تكفين الميت قوله :

« ويجب كفن الميت فى ماله مقدما على الدين وغيره ... الى أن قال : فان لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته » [٢] .

وسيأتى فى النفقات أن ابن الخال لايلزم بها لأنه من ذوى الأرحام الا عند أبى الخطاب (انظر : نفقة ابن الخال فى هذا البحث) .

وترتيب ابن الخال فى ذلك كله ترتيبه فى الميراث .

(انظر ميراث ذوى الأرحام) .

مذهب الظاهرية :

ابن الخال كغيره من عامة الناس ، لاحق له فى التقدم للصلاة على الميت ، ولا لانزاله القبر ، كما أنه لا يلزم دون غيره بتكفينه .

وقد جاء فى المحلى : « حق تكفين الميت — اذا لم يترك شيئا — واجب على كل من حضر من غريم أو غير غريم [٣] لقوله تعالى « انما المؤمنون اخوة » [٤] .

وفى الصلاة عليه قال :

« وأحق الناس بالصلاة على الميت والميتة الأولياء وهم الأب وآباؤه والابن وأبناؤه ثم الاخوة الأشقاء ، ثم الذين للأب ، ثم بنوهم ، ثم الأعمام للأب والأم ، ثم للأب ثم بنوهم ، ثم كل ذى رحم محرمة الا أن يوصى الميت أن يصلى عليه انسان فهو أولى ثم الزوج ، ثم الأمير أو القاضى ، فان صلى غير من ذكرنا أجزأه » [٥] .

مذهب الزيدية :

الغسل والصلاة :

ليس لابن الخال حق يختص به دون غيره من سائر الأجانب فى غسل الميت والصلاة عليه .

فقد جاء فى البحر الزخار فى باب غسل الميت : «وأقاربه أولى كالصلاة» [٦] . وفى صلاة الجنازة ، قال : والأولى بالامامة الامام وواليه . فان كان لا امام فالأقرب الأقرب الصالح من العصبة » [٧] .

وفى شرح الأزهار قال : « الأولى بالإمامة الامام الأعظم وواليه ثم الأقرب نسبه الى الميت الصالح للامامة فى الصلاة من عصبة الميت » [٨] .

وأما قول صاحب شرح الأزهار بعد ذلك : قال عليه السلام « فان عدمت العصبة فالأقرب من ذوى رحمه » فقد علق عليه فى حاشيته من نفس المصدر بقوله «والمذهب أنه لا ولاية لذوى الأرحام» [٩] .

---

(١) المرجع السابق ص٣٦٨ .
(٢) المغنى الشرح الكبير جـ٢ ص٣٢٨ .
(٣) المحلى جـ٥ ص١٢١ مسألة ٥٦٦ .
(٤) الحجرات : ١٠ .
(٥) المحلى جـ٥ ص١٤٣ مسألة ٥٨٤ .
(٦) البحر الزخار جـ٢ ص٩٨ .
(٧) المرجع السابق ص١١٤ .
(٨) شرح الازهار جـ١ ص٤٢٧ .
(٩) شرح الازهار جـ١ ص٤٢٨ .

أما الكفن :

فانه يتبع النفقة . والتكفين . (وسيأتى بيان حكم ابن الخال فى النفقة) .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية « أحكام الأموات » قوله :

« والأولى بميراثه أولى بأحكامه ، بمعنى أن الوارث أولى ممن ليس بوارث وان كان قريبا » مع وجوب المماثلة بين المغسل والمغسل ذكورة وأنوثة . فان اختلفا أذن صاحب الحق لغيره « المماثل » للميت فى نوعه أن يغسله وذلك فى غير الزوجين فيجوز لكل منهما تغسيل صاحبه اختيارا ، والمشهور أنه من وراء الثياب »[1] .

ومن هذا يستفاد أن ابن الخال ، ان كان وارثا كان أولى بتغسيل الميت والصلاة عليه ممن ليس بوارث ، مع وجوب المماثلة بينه وبين من يغسله .

مذهب الاباضية :

ابن الخال أولى بالصلاة على الميت ودفنه اذا لم يوجد أقرب منه[2] .

وجاء فى متن كتاب النيل « أولى الناس بالصلاة على الميت أبوه ثم الزوج ثم الابن ثم الأخ ثم العم ثم الأقرب فالأقرب[3] .

(١) الروضة البهية جـ١ ص٣٨ ، ٣٩ .
(٢) شرح النيل جـ١ ص٣٧٩ ، ٦٨٠ .
(٣) متن كتاب النيل جـ١ ص١١٠ نسخه دار الكتب.

ولاية النكاح

مذهب الحنفية :

يثبت لابن الخال ولاية تزويج الصغير والصغيرة بالشروط المبينة فى باب الولى من كتاب النكاح اذا لم يوجد عاصب ولا ذو رحم أسبق منه . ويأتى ترتيبه فى هذه الولاية بعد أولاد العمات .

فقد جاء فى الدر المختار ما نصه :

« الولى فى النكاح العصبة بنفسه بلا توسط أنثى على ترتيب الارث والحجب» . الى أن قال : فان لم يكن عصبة فالولاية للأم ثم لأم الأب . وفى القنية عكسه ، ثم للبنت ثم لبنت الابن ثم لبنت البنت ثم لبنت ابن الابن ثم لبنت بنت البنت وهكذا ثم للجد الفاسد ثم للأخت لأب وأم ثم لأب ثم لولد الأم ثم لأولادهم ثم لذوى الأرحام « غير من ذكر » العمات ثم الأخوال ثم الخالات ثم بنات الأعمام وبهذا الترتيب أولادهم .

وهذا قول أبى حنيفة . والجمهور على أن أبا يوسف معه . وقال محمد ليس لغير العصبات ولاية . انما هى للحاكم[4]

مذهب المالكية :

ليس لابن الخال ولاية تزويج ابن عمته أو بنت عمته الا باعتباره من عامة المسلمين اذا لم يوجد عاصب ولا مولى ولا كافل ولا حاكم .

(٤) الدر المختار وحاشية الطحطاوى على الدر المختار جـ٢ باب الولى من كتاب النكاح .

فقد جاء فى الحطاب على خليل فى ولاية النكاح :

« وقدم ابن فابنه فأخ فابنه فجد فعم فابنه » قال ابن عرفة : المعروف أن الأحق الابن وان سفل ثم الأب ثم الأخ للأب ثم ابنه ولو سفل ثم الجد ثم العم ثم ابنه ولو سفل .. ثم قال : فمولى فكافل فحاكم فولاية عامة مسلم [١] .

مذهب الشافعية :

ليس لابن الخال ولاية تزويج المرأة لأنه ليس من العصبة . وولاية التزويج للعصبة على الترتيب [٢] .

مذهب الحنابلة :

لا ولاية لابن الخال فى تزويج المرأة ، لأنه ليس من العصبات ، ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم . راجع المغنى والشرح الكبير ونصه :

« ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم والجد أب الأم ونحوهم » [٣] .

مذهب الظاهرية :

ليس لابن الخال ولاية الانكاح فقد جاء فى المحلى « وللأب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر ما لم تبلغ . الى أن قال : فان كانت ثيبا من زوج مات عنها أو طلقها لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها حتى تبلغ . واذا بلغت البكر والثيب لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها الا باذنها .

وأما الصغيرة التى لا أب لها فليس لأحد أن ينكحها حتى تبلغ .. الخ . وجاء فى المحلى ما يأتى : ولا يجوز للأب ولا لغيره انكاح الصغير الذكر حتى يبلغ فان فعل فهو مفسوخ أبدا .. الخ [٤] .

مذهب الزيدية :

« ولى النكاح عند الزيدية هو ذو النسب من العصبة ثم ذو السبب ثم الولاية العامة . بمعنى أنه اذا لم يوجد نسبى ولا ولى سببى. فالولاية للسلطان أو نائبه ، وكذلك ان تشاجر الأولياء لقوله صلى الله عليه وسلم : فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى لها » [٥] .

ومن هذا يستفاد أن ابن الخال ليس له ولاية فى النكاح ، لأنه ليس من ذوى النسب العصبات عند الزيدية ، فقد جاء فى نفس المصدر المذكور [٦] قولهم : « النسب مقدم اجماعا ، وهو البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة » .. وقال بعد ذلك والأبن أولى من الأب ، اذ ولاية النكاح تابعة للتعصيب فى الارث . وقال أيضا : النكاح مبنى على التعصيب .

---

(١) الحطاب على خليل : فى ولاية النكاح ، والحطاب على خليل جـ٣ ص٤٢٩ .

(٢) حاشيتى العلامة القليوبى وعميرة على المنهاج جـ٢ ص٢٢٤ .

(٣) المغنى والشرح الكبير جـ٧ ص٣٥٠ .

(٤) المحلى جـ٩ فى كتاب النكاح ، المسألة ١٨٢٢ ص٤٥٨ ، ٤٦٢ ، مسألة ١٨٢٣ .

(٥) البحر الزخار باب الاولياء جـ٣ ص٤٦ .

(٦) المرجع السابق .

وفى شرح الأزهار قال :

« ولى عقد النـكاح الأقرب فالأقـرب المكلف الحر من عصبة النسب » ثم قال بعد أن ذكر العصبات : وقوله « من عصـبة النسب » احترازا من القـريب الذى ليس بعصـبة كالخـال والأخ لأم فانه لا ولاية لذوى الأرحام على النكاح [١] .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية قوله : ولا ولاية فى النكاح لغير الأب والجد لأب وان علا والولى والحـاكم والوصى لأحـد الأولين ومن هذا استفاد ان ابن الخال ليس له ولاية فى النكاح [٢] .

مذهب الاباضية :

لابن الخال حق ولاية الانـكاح اذا لم يوجد ولى أو كان الولى غائبا فى مسـافة ثلاثة أيام فأكثر أو امتنع بما لا يقبل . ولم يوجد من هو دونه من الأولياء ، أو كان هناك ولىكالعدم كمجنونومرتد ومشرك . وهو حينئذ أولى من السـلطان بصفته من ذوى الأرحام . واختار البعض السـلطان ولو جائرا [٣] .

الحضـانة

مذهب الحنفية :

ليس لابن الخال حق فى الحضانة ، فهو والأجنبى سـواء ، لأنه وان كان رحمـا للمحضون الا أنه رحم غير محرم فقد جاء فى الدر المختار فى باب الحضانة ما نصه : « ولا حق لولد عم وعمة وخال وخالة لعدم المحرمية » [٤] .

والمفهوم من تحقيق فقهاء الحنفية أن هذا بالنسبة للأنثى . والرأى فيه للقاضى . فقـد نقل الطحطاوى عن الولواجيـة أن الذكر يدفع الى مولى العتـاقة ولا تدفع اليـه الأنثى .. فالذكر يدفع الى المحرم وغيره ، والأنثى لا تدفع الا الى المحرم .

وعبارة التحفة تفيد أن الرأى للقاضى ، ونصها : اذا لم يكن للأنثى غير ابن العم فالاختيـار الى القاضى : ان رآه أصـلح ضمها اليه ، والا وضعها عند أمينة [٥] .

مذهب المالكية :

لا حق لابن الخال فى الحضانة .

فقد جاء ما نصه : « الحضـانة للأم ثم أمها ثم جدة الأم ان انفردت بالسكنى عن أم سقطت حضانتها ثم الخالة ثم خالتها ثم جدة الأب ثم الأب ثم الأخت ثم العمة» [٦] .
(تنظر : حضانة) .

مذهب الشافعية :

لا حق لابن الخال فى حضانة الصـغير (فى الأصـح) لضعف قرابته ، وقيل له الحضانة لشفقته بالقرابة .

---

(١) شرح الازهار جـ٢ ص٢٢٢ ، ٢٢٣ .
(٢) الروضة البهية جـ٢ ص٧١ .
(٣) شرح النيل جـ٣ كتاب النكاح ص٧٠ .

(٤) الدر المختار والجزء الثانى من حاشية الطحاوى فى باب الحضانة .
(٥) حاشية الطحاوى الجزء الثانى باب الحضانة .
(٦) الحطاب جـ٤ ص٢١٤ ، ٢١٥ .

فقد جاء فى حاشيتى القليوبى وعميرة ما نصه : « فان فقد فى الذكر الارث والمحرمية كابن الخال وابن العمة ، أو الارث دون المحرمية كالخال والعم للأم وأب الأم — فلا حضانة له فى الأصح لضعف قرابته ، والرأى الثانى : له الحضانة لشفقته بالقرابة » [١] .

مذهب الحنابلة :

قال فقهاء الحنابلة : ان لم يكن هناك غير ابن الخال احتمل وجهان :

أحدهما : أنه أولى ، لأن له رحما وقرابة يرث بهما عند عدم من هو أولى منه ، كذلك الحضانة تكون له عند عدم من هم أولى بها منه .

الثانى : لا حق له فى الحضانة وينتقل الأمر الى الحاكم . والأول أولى . (انظر باب من أحق بكفالة الطفل) [٢] .

مذهب الظاهرية :

لابن الخال حق حضانة الصغير والصغيرة اذا كان مأمونا فى دينه ولم يوجد من هو أولى منه بالحضانة .

كما يستفاد من قوله « وذوو الرحم أولى من غيرهم بكل حال والدين مغلب على الدنيا » [٣] .

مذهب الزيدية :

لابن الخال حق الحضانة بصفته من ذوى الأرحام . وذو الرحم له حق الحضانة اذا لم يوجد عاصب ولا ذو رحم محرم ، وذلك كله عندما تبطل حضانة النساء .

فقد جاء فى البحر الزخار قوله : «ومتى بطلت حضانة النساء فالأقرب الأقرب من العصبة المحارم ، فتقدم عصبة محرم ثم ذو رحم محرم ثم ذو رحم » [٤] .

مذهب الامامية :

ابن الخال أحق بالحضانة مالم يوجد من الأقارب من هو أحق منه ، فقد جاء فى الروضة البهية قوله : « وان فقد أب الأب أو لم نرجحه فللأقارب ، الأقرب منهم فالأقرب على المشهور ، لآية (أولى الأرحام) يريد قوله تعالى: «وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض » [٥] فالجدة — لأم كانت أم لأب وان علت — أولى من العمة والخالة ، كما أنهما أولى من بنات العمومة والخئولة ، وكذا الجدة الدنيا والعمة والخالة أولى من العليا منهن ، وكذا ذكور كل مرتبة .. الخ [٦] .

مذهب الاباضية :

لا حق لابن الخال فى الحضانة ، لأن حق الحضانة انما هو لذوات الرحم المحرم ثم العصبة الرجال بالنسبة لحضانة الذكر كابن العم وابن الأخ والمعتق والوصى ومن يقدمه السلطان [٧] .

---

(١) الجزء الرابع ص٨٩ .
(٢) المغنى والشرح الكبير جـ٩ ص٣٠٩ مطبعة المنار بمصر .
(٣) المحلى جـ١٠ ص٣٢٣ ، ٣٢٤ مسألة ٢٠١٤ .
(٤) البحر الزخار جـ٣ .
(٥) سورة الانفال : ٧٥ .
(٦) الروضة جـ٢ — كتاب النكاح — الرضاع — الحضانة .
(٧) شرح النيل جـ٣ص٥٦٧، ٥٦٨ نسخة دارالكتب

النفقـات

مذهب الحنفية :

جاء فى ابن عابدين فى باب نفقة الأقارب ما نصـه : « تجب النفقة لكل ذى رحم محرم » وقال فى الحاشية : « ولابد من كون المحرمية بجهة القرابة فخرج ابن العم اذا كان أخا من الرضاع فلا نفقة له » .

ومن هذا يستفاد أن ابن الخال لا نفقة له ولا عليـه لأنه وان كان رحمـا فليس بمحرم [١] .

مذهب المالكية :

ابن الخال لا يستحق عند المالكية نفقة كما لا تلزمه نفقة ، لأن نفقة القرابة عندهم انمـا هى لأولاد الصلب والأبوين ، وابن الخال لا يدخل فى واحد من الصنفين . وقد جاء فى كتب المالكية قولهم : « والسبب الثانى للنفقة القرابة ، والمسـتحقون منهم للنفقة صنفان :

أولاد الصـلب والأبوان . ولا يتعـدى الاستحقاق الى أولاد الأولاد ولا الى الجد والجـدات بل يقتصر عـلى أول طبقة من الفصول والأصول » [٢] .

مذهب الشافعية :

ليس لابن الخال ولا عليه نفقة ، فقد جاء : « ولا تجب نفقـة من عدا الوالدين والمولودين من الأقارب كالاخوة والأعمام وغيرهما » لأن الشرع ورد بايجاب نفقـة الوالدين والمولودين ، ومن سواهم لايلحق بهم فى الولادة وأحكام الولادة ، فلم يلحق بهم فى وجوب النفقة [٣] .

مذهب الحنابلة :

ابن الخال لا تجب النفقة له ولا عليـه ، لأنه من ذوى الأرحام ، وقرابة ذوى الأرحام قرابة ضعيفة ، وهم انما يأخذون المال عند عدم الوارث ، فهم كسائر المسـلمين ، فان المال يصرف اليهم اذا لم يكن للميت وارث ، وذلك الذى يأخذه بيت المال ، ولذلك يقدم الرد عليهم .

وقال أبو الخطاب من فقهاء الحنابلة يخرج فيهم رواية أخرى أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوى الفروض لأنهم وارثون فى تلك الحالة . (انظر أحكام النفقة على ذوى الأرحام) [٤] .

مذهب الظاهرية :

لا تجب النفقة لابن الخال كما لا تجب عليه اذ القاعدة أنه لا يجبر على نفقة ذى رحم محرمة اذا لم يكن هو وارثا له ، ولا على نفقة مورثه اذا لم يكن ذا رحم محرمة منه [٥] .

مذهب الزيدية :

جـاء فى باب النفقات « وندبت صـلة الرحم » ثم نقـل عن بعض أئمة الزيدية وغيرهم قولهم : « وعـلى كل موسر نفقة معسر على ملته يرثه بالنسب » [٦] .

---

(١) ابن عابدين جـ٢ ص٩٣٨ .

(٢) هامش التاج والاكليل لمختصر خليل من كتـاب الحطاب جـ٤ ص٢٠٨ .

(٣) المهذب جـ٢ ص١٦٦ .

(٤) المغنى والشرح الكبير جـ٩ ص٢٦٠ الطبعـة الاولى .

(٥) محلى جـ١٠ مسألة ١٩٣٣ باب النفقة .

(٦) البحر الزخار جـ٣ ص٢٨٠ .

وجاء فى شرح الأزهار — باب النفقات قوله : « وتجب على كل موسر نفقة كل معسر بشرطين :

أحدهما : أن يكون على ملته ، وهذا فى غير الأبوين .

الثانى : أن يكون وارثا بالنسب فيجب عليه من النفقة بقدر ارثه ، وعلى ذلك تجب النفقة لذوى الأرحام كما نص على ذلك صاحب الحاشية على شرح الأزهار ، فقد ذكر أن ذوى الأرحام اذا ورثوا أنفقوا [١] .

مذهب الامامية :

تستحب النفقة على ابن الخال ، ويتأكد الاستحباب فى الوارث منهم فى أصح القولين .

وقيل : تجب النفقة على الوارث لقوله تعالى : (وعلى الوارث مثل ذلك) بعد قوله تعالى : وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » [٢] .

ولا تجب النفقة على هذا الرأى الا اذا كان المنفق عليه فقيرا عاجزا عن الكسب وفضلت النفقة عن قوت المنفق وقوت زوجته ليومه الماضى وليلته ، فان لم يفضل شىء فلا شىء عليه ، والواجب قدر الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن [٣] .

مذهب الاباضية :

الوارد فى فقه الأباضية قولهم :

« والمذهب أنه تجب عليك نفقة كل من ترثه ، ولاتجب لرحم الا ان لم يكن له وارث سواك ، ولا يدركها الجد من جهة الأم الا ان لم يكن لها وارث سواه فانه يرثها وينفقها ، وهكذا سائر ذوى الأرحام [٤] .

ومن هذه النصوص يستفاد أن ابن الخال تجب عليه النفقة ان كان وارثا ، كما تجب له النفقة على من كان وارثا له من ذوى الأرحام .

والرأى الثانى فى المذهب : أنها لا تجب الا على من يتوارث معه من العصبة دون غيرهم ، وعلى هذا الرأى لا تجب على ابن الخال نفقة لذى رحم منه كما لا تجب له عليه [٥] .

الميراث

مذهب الحنفية :

ابن الخال من الصنف الرابع من ذوى الأرحام ، وترتيبه فى الميراث يأتى بعد الأخوال ومن فى درجتهم ، وهم الخالات والعمات والأعمام لأم ، فهؤلاء مستوون فى الدرجة لا يأتى فيهم أقربية وأبعدية [٦] .

وابن الخال من الطائفة الثانية من الصنف الرابع ، وهم أبناء الطائفة الأولى ، وتشمل الطائفة الثانية فيما تشمل أولاد كل من العمات والخالات والأخوال مطلقا لأبوين أو لأحدهما ، فاذا انفرد ابن الخال من أى صورة من صوره الثلاث (الشقيق أو لأب أو لأم) أخذ المال كله .

---

(١) شرح الأزهار جـ٢ ص٥٤٤ .
(٢) البقرة : ٢٣٣ .
(٣) الروضة البهية جـ٢ النفقات .
(٤) شرح النيل جـ٧ ص٢٠٧ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ .
(٥) المرجع السابق .
(٦) حاشية الطحطاوى على الدر المختارجـ٤ ص٤٠٠

فاذا تعدد فالأقرب أولى بالاجماع ، فمن كان لأب وأم فهو أولى بالميراث ممن كان لأب ، ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم . فان كان أولاد الخال فى قوة واحدة بأن كانوا جميعا أولاد خال شقيق أو لأب أو لأم قسم المال عليهم على حسب أبدانهم — أى بالتساوى — ان كانوا ذكورا ، وللذكر مثل حظ الأنثيين ان كانوا ذكورا واناثا ، فان اجتمع ابن الخال مع قرابة الأب ممن هو فى درجته كابن عم لأم أو ابن عمة من أى جهة كانت فلقرابة الأب الثلثان ولقرابة الأم الثلث .

مذهب المالكية :

جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير قوله :

« ولا يدفع ما فضل عن ذوى السهام اذا لم يوجد عاصب من النسب أو الولاء لذوى الأرحام ، بل ما فضل لبيت المال ، كما اذا لم يوجد ذو فرض ولا عاصب .. » ثم قال : وقيد بعض أئمتنا ذلك بما اذا كان الامام عدلا والا فيرد على ذوى السهام أو يدفع لذوى الأرحام أى اذا لم يكن هناك ذوو سهام . وقال كذلك اتفق شيوخ المذهب بعد المائتين على توريث ذوى الأرحام والرد على ذوى السهام لعدم انتظام بيت المال . وقال : واعلم أن فى كيفية توريث ذوى الأرحام مذاهب أصحها مذهب أهل التنزيل وحاصله أن تنزله منزلة من أدلوا به للميت [١] .

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٤ ص٤١١

ومن هذا كله يستفاد أن ابن الخال يرث بصفته من ذوى الأرحام على الرأى الراجح فى المذهب ، وأنه يرث على طريقة أهل التنزيل ، أى أنه ينزل منزلة من يدلى به الى الميت (انظر : ميراث) .

مذهب الشافعية :

أصل المذهب أنه لا ميراث لذوى الأرحام ، وأفتى المتأخرون من أصحاب المذهب بميراثهم اذا لم يوجد أحد من ذوى الفروض أو العصبات ، فمن انفرد منهم حاز كل المال . وبناء على هذا الرأى يكون لابن الخال حظه فى الميراث بصفته من ذوى الأرحام اذا لم يوجد أحد من ذوى الفروض أو العصبات ، وترتيبه بين ذوى الأرحام يأتى بعد الأخوال والخالات ، فقد جاء فى نهاية المحتاج : فان لم يوجد صاحب سهم ولا عاصب صرف المال الى ذوى الأرحام وهم عشرة أصناف . أب الأم وكل جد وجدة ساقطين وأولاد البنات .. الى أن قال: والأخوال والخالات والمدلون بهم [٢] .

مذهب الحنابلة :

فقهاء الحنابلة يورثون ابن الخال بصفته من ذوى الأرحام ، وينزلونه منزلة أبيه عند عدمه ، فهم يأخذون فى توريث ذوى الأرحام بطريقة أهل التنزيل . (راجع توريث ذوى الأرحام) [٣] .

(٢) نهاية المحتاج جـ٦ ص١١ ، ١٢ وجـ٢ من حاشية قليوبى وعميرة على شرح المحلى على المنهاج ص١٣٧ ، ١٣٨ .

(٣) المغنى والشرح الكبير جـ٧

مذهب الظاهرية :

لا ميراث لابن الخال ، اذ لا ميراث لذوى الأرحام عند الظاهرية ، فما فضل عن سهم ذوى السهام وذوى الفروض ولم يكن هناك عاصب ولا معتق ولا عاصب معتق — ففى مصالح المسلمين ، لا يرد شىء من ذلك على ذى سهم ولا على غير ذى سهم من ذوى الأرحام ، اذ لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة ولا اجماع ، فان كان ذوو الأرحام فقراء أعطوا على قدر فقرهم والباقى فى مصالح المسلمين [١] .

مذهب الزيدية :

للزيدية مذهبان فى توريث ذوى الأرحام :

الأول : مذهب المتقدمين ، يورث ذوى الأرحام عند عدم العصبة وذوى السهام ، فيرث ابن الخال اذا لم يوجد صاحب فرض ولا عاصب ولا من هو أقرب منه من ذوى الأرحام .

الثانى : مذهب المتأخرين من أئمة المذهب وهم لا يورثون ذوى الأرحام .

فقد ذهب الامام شرف الدين ومن تابعه من متأخرى أئمة المذهب الى أنه لا ميراث لهم . قال ابن بطال : وهو قول أهل الحجاز فى الشام فيكون الميراث لبيت المال عند هؤلاء الجميع . (راجع باب ميراث ذوى الأرحام) [٢] .

(١) المحلى لابن حزم ص٩ مسألة ١٧٤٨ .

(٢) البحر الزخار جـ٥ ، جـ٢ من تتمة الروض النضير ص٦٣ .

مذهب الامامية :

يورثون ابن الخال بصفته من ذوى الأرحام ، ويحلونه محل أبيه عند عدمه ، اذ هم يأخذون بطريقة أهل التنزيل . (راجع ميراث الأعمام والأخوال) [٣] .

مذهب الاباضية :

فقهاء الأباضية يورثون ذوى الأرحام اذا لم يوجد ذو فرض ولا عاصب . ويرون أنهم أحق من بيت المال لأنهم قد اجتمع فيهم سببان : القرابة والاسلام ، فهم أولى بالمال من أهل الاسلام الذين ليس لهم الا سبب واحد وهو الاسلام ، قال تعالى « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض » [٤] ، ولما روى أنه صلى الله عليه وسلم ورث ذا رحم غير فرض ولا عاصب ، وقال : « الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له » .

وابن الخال عند الأباضية كغيرهم من الفقهاء من الصنف الرابع من أصناف ذوى الأرحام ، وهو من ينتمى الى أجداد الميت وجداته ، وهم العمومة للأم والعمات مطلقا وبنات الأعمام مطلقا والخئولة مطلقا وان تباعدوا وأولادهم وان نزلوا . فاذا انفرد ابن الخال أخذ جميع المال ، شأنه فى ذلك شأن جميع ذوى الأرحام . وان اجتمع مع غيره فأهل التنزيل ينزلون كل فرع منزلة أصله ، وأهل القرابة يورثون الأقرب فالأقرب كالعصابة .

وفقهاء الأباضية لا يلتزمون طريقة واحدة أو لا يجمعون على طريقة واحدة [٥] .

(٣) الروضة البهية جـ٢ .

(٤) آخر سورة الانفال : ٧٥ .

(٥) كتاب النيل جـ٨ توريث ذوى الارحام متنا وشرحا .

اجتماع ابن الخال وابن الخالة

اذا اجتمع ابن الخال وابن الخالة واتحدا فى قوة القرابة بأن كانا ابنى خال وخالة شقيقين للمتوفى أو لأب أو لأم اشتركا فى الميراث . فعلى طريقة أهل التنزيل .. يأخذ ابن الخال ضعف نصيب ابن الخالة . وعلى طريقة أهل القرابة يقسم المال مناصفة بينهما.

أما اذا كان أحدهما أقوى قرابة من الآخر قدم من كانت قرابته أقوى ، فمن كانت قرابته لأب وأم كان أولى بالميراث ممن كان لأب ، ومن كان لأب كان أولى ممن كان لأم (انظر المراجع السابقة فى جميع المذاهب) .

ابن الخالة

تعريف ابن الخالة :

ابن الخالة هو الذكر من ولد الخالة . والخالة أخت الأم .

قرابته :

ابن الخالة من الصنف الرابع من ذوى الأرحام « وهو من ينتمى الى أجداد الميت وجداته » .

عدم محرميته :

ابن الخالة رحم غير محرم يحل النكاح بينه وبين رحمه الأنثى « ابنة خالته » شأنه فى ذلك وفى كثير من الأحكام شأن الأجنبى .

أحكامه فى الفقه :

هى أحكام ابن الخال .

ابن السبيل

١ — تعريف ابن السبيل لغة :

ابن السبيل هو المسافر المنقطع الذى يريد الرجوع الى بلده ولا يجد ما يتبلغ به . وقيل : هو المسافر الذى لا مال له يكفيه للوصول الى ما يقصد [١] ، وهذا أعم مما قبله .

٢ — تعريفه فى الاصطلاح الفقهى :

مذهب الحنفية :

هو الغريب المنقطع عن ماله وان كان غنيا فى وطنه ، لأنه فقير فى الحال [٢] .

وعرفه صاحب تنوير الأبصار وصاحب الدر المختار [٣] بأنه كل من له مال ليس معه ، ومنه ما لو كان ماله مؤجلا أو على غائب أو معسر أو جاحد ولو كان له بينة فى الأصح .

فالتعريف الأول : جعل ابن السبيل خاصا بالمسافر المنقطع عن ماله الذى ببلده ، وهو محتاج اليه .

والتعريف الثانى ، جعل ابن السبيل حقيقة اصطلاحية عامة شاملة للمسافر

(١) ينظر القاموس المحيط والمعجم الوسيط ومعجم الفاظ القرآن جـ٣ ص١١٩ .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٢ ص٤٦ طبعة سنة ١٣٢٧ هـ .

(٣) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار على هامش رد المحتار (حاشية ابن عابدين) جـ٢ ص٦٧ .

والمقيم المحتاجين البعيدين عن مالهما ، وأخرجه بذلك عن حقيقته اللغوية .

أما في مذهب الشافعي :

فابن السبيل هو المسافر أو من ينشيء السفر أى من يبدأ السفر ولم يمض فيه ، وهو محتاج فى سفره [١] .

وقال البجيرمى : أن منشيء السفر ألحق بالمسافر قياسا [٢] .

ويعرفه الحنابلة :

بأنه هو المسافر المنقطع لسفره فى سفر طاعة أو مباح كطلب رزق دون المنشيء للسفر من بلده ، لأن الاسم لا يتناوله حقيقة ، وانما يصير ابن سبيل فى ثانى الحال [٣] أى بعد ما يمضى فى سفره ويغادر بلده .

وعرفه المالكية :

بأنه غريب حر مسلم غير هاشمى محتاج لما يوصله لبلده ولو غنيا فيها ليس معه ما يوصله وقد تغرب فى غير معصية أو تغرب فى معصية وتاب منها ولم يجد مسلفا وهو ملىء ببلده .

وجملة القول أن الفقهاء فى المذاهب التى ذكرناها وفى باقى المذاهب الثمانية يعتمدون فى بيان ابن السبيل المعنى اللغوى مع اضافة قيود يعتبر معها مصرفا من مصارف الزكاة .

٣ ــ الشروط اللازم توافرها شرعا فى ابن السبيل ليكون مصرفا للزكاة :

ا) الشرط الأول : أن يكون مسافرا فى غير معصية .

مذهب الحنفية :

والمطيع بسفره والعاصى به كلاهما من حيث التمتع بالرخصة سواء ، فان السبيل يستحق الزكاة ولو كان عاصياً بسفره [٤] .

مذهب المالكية :

لا يعطى ابن السبيل من الزكاة ان خرج فى معصية [٥] .

فان كان غير عاص أصلا أو كان عاصيا فى سفره فيعطى فى هاتين الحالتين [٦] .

أما الحنابلة :

فانهم يرون ما يراه المالكية ، غير أنهم اشترطوا توبة ابن السبيل العاصى بسفره ، وسواء فى ذلك حالة السفر وحالة الرجوع فلم يعطوه اذا لم يتب ، لا فرق بين حالة المسير وحالة الرجوع ، وقالوا أيضا : ان من سافر للنزهة لا حق له فى الزكاة لأنه لا حاجة له فى هذا السفر [٧] .

---

(١) المجموع للنووى جـ٦ ص٢١٤ .

(٢) حاشية البيجرمى على شرح الخطيب جـ٢ ص٣٢٩ ، ٣٣٠ .

(٣) كشاف القناع جـ١ ص٤٩٤ ومنتهى الايرادات على هامش كشاف القناع ص٥٤٠ والمحرر جـ١ ص٢٢٤ ونيل المآرب ص٩٤ .

(٤) الهداية وشرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير جـ١ ص٥٠٤ ، ٥٠٦ وحاشية ابن عابدين جـ١ ص٥٥١ .

(٥) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ١ص٤٩٧

(٦) المرجع السابق .

(٧) كشاف القناع جـ١ ص٤٩٤ ومنتهى الايرادات جـ١ ص٥٤٠ .

مذهب الشافعية :

لا يعطى ابن السبيل من الزكاة اذا كان عاصيا بسفره أو كان فى سفر مباح فى قول [١] .

أما باقى المذاهب الثمانية ، عدا الاباضية ، فمنعوا اعطاء ابن السبيل مطلقا اذا كان مسافرا فى معصية فقط ، لأن اعطاءه — كما قال الزيدية — اعانة على المعصية [٢] .

اما الاباضية :

فمنهم من شرط أن يكون سفره فى طاعة [٣] ومفاد ذلك أنه لا حق فى الزكاة لمن سافر فى معصية لا مباح .

ب) الشرط الثانى : أن يكون ابن السبيل مسلما .

جـ) الشرط الثالث : ألا يكون ابن السبيل من بنى هاشم ولا من مواليهم .

د) الشرط الرابع : ألا يكون ابن السبيل أصلا ولا فرعا للمزكى .

هـ) الشرط الخامس : ألا يكون ابن السبيل غنيا .

٤ — المقدار الذى يعطى لابن السبيل من الزكاة :

مذهب الحنفية :

وللمزكى أن يدفع زكاته الى كل مصارف الزكاة المبينين فى آية المصارف « انما الصدقات للفقراء » الآية ، وله أن يعطى زكاته الى صنف واحد من هذه الأصناف ، كما أن له أيضا أن يدفعها الى فرد واحد من أى صنف من أصنافها السبعة الواردين بالآية الكريمة ، الا المؤلفة قلوبهم ، فان نصيبهم قد سقط [٤] .

وجاز لابن السبيل أن يأخذ من الزكاة قدر حاجته ولا يحل له أن يأخذ أكثر من حاجته [٥] .

والأولى له أن يستقرض ان قدر عليه ولا يلزمه ذلك لاحتمال عجزه عن الأداء [٦] ، والاستقراض لابن السبيل خير من قبول الصدقة [٧] .

مذهب الشافعية :

يعطى ابن السبيل من الزكاة ما يوصله مقصده أو ماله ان كان له فى طريقه مال ، ويهيأ له ما يركبه ان لم يطق المشى أو طال سفره وما يحمل زاده ومتاعه ان لم يعتد مثله حملهما [٨] .

وأما مؤنة ايابه ففيها تفصيل : ان قصد الاياب أعطى مؤنة الاياب ، وان لم يقصده فلا يعطى مؤنته [٩] .

---

(١) المجموع جـ٦ ص٢٦٤ للنووى وحاشية البيجرمى جـ٢ ص٣٣٠ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ٦ ص١٥١ ، كتاب شرح الازهار جـ١ ص٥١٦ ، مستمسك العروة الوثقى جـ٩ ص٢٣٨ ، ٢٣٩ .

(٣) شرح النيل جـ٢ ص١٣٦ ، ١٣٧ .

(٤) الهداية وفتح القدير جـ٢ ص١٨ وابن عابدين جـ٢ ص٦٧ ، ٦٨ والبدائع جـ٢ ص٤٨ ، ٤٩ .

(٥ ، ٦) الزيلعى جـ١ ص٢٩٨ والمرجعين السابقين .

(٧) الفتاوى الهندية جـ١ ص٢٠٠ .

(٨ ، ٩) بيجرمى جـ٢ ص٣٣١ شرحا وحاشية .

ولا يعطى مؤنة اقامته الزائدة على مدة المسافر وهى ثلاثة أيام [١] .

مذهب المالكية :

ابن السبيل اذا كان محتاجا لما يوصله لمقصده وكان تغربه فى غير معصية بالسفر فان لم يجد مسلفا أصلا أعطى منها سواء كان معدما ببلده أو مليئا [٢] .

وان وجد مسلفا أعطى ان كان عديما ببلده ، وأما اذا كان مليئا ببلده فلا يعطى من الزكاة شىء [٣] .

وان أقام ابن السبيل فى بلد الغربة بعد اعطائه من الزكاة وكان ما أخذه منها لا يزال باقيا فى يده نزعت منه واستردها معطيها له الا أن يكون ابن السبيل فقيرا ببلده فيسوغ له أخذها لفقره ولا تنزع منه [٤] .

مذهب الحنابلة :

ويعطى ابن السبيل ما يبلغه بلده ولو موسرا فى بلده لعجزه عن الوصول لماله ، كمن سقط متاعه فى بحر أو ضاع منه أو غصب فعجز عنه ، أو ما يبلغه منتهى قصده كمن قصد بلدا وسافر اليه واحتاج قبل وصوله فيعطى ما يصل به اليه ثم يعود به الى بلده [٥] .

(١) بيجرمى جـ٢ ص٣٣١ شرحا وحاشية .
(٢) حاشية الدسوقى جـ٢ ص٤٩٨ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) المرجع السابق .
(٥) منتهى الايرادات جـ١ ص٥٤٠ ، ٥٤١ وكشاف القناع جـ١ ص٤٩٤ .

ولو وجد ابن السبيل مقرضا فليس بضرورى أن يقترض ، ويعطى له من الزكاة [٦] .

واذا فضل مع ابن السبيل شىء بعد انقضاء حاجته رد ما فضل معه لأنه لا يملك من كل وجه بل ملكا مراعى فيه حاجته ، فان صرفه فى جهته التى استحق أخذه لها والا استرجع منه [٧] .

مذهب الظاهرية :

ومن تولى تفريق زكاة ماله أو زكاة فطره أو تولاها الامام أو أميره يفرقانها ثمانية أجزاء مستوية ، لكل صنف من الثمانية جزء منها . أما من فرق زكاته ففى ستة أسهم ، ويسقط سهم العمال وسهم المؤلفة قلوبهم . ولا يجوز أن يعطى من أهل سهم أقل من ثلاثة أنفس ، الا أن لا يجد فيعطى من وجده . وكذلك لا يجوز أن يعطى بعض أهل السهام دون بعض ، الا أن لا يجد فيعطى من وجده [٨] .

مذهب الزيدية :

ويعطى ابن السبيل من الزكاة اذا انقطع ما يبلغه الى وطنه ولو كان ذلك المسافر غنيا لكن لم يحضر ماله فى حال السفر فانه يجوز له الزكاة فى هذه الحال [٩] ولو أمكنه القرض لم يمنع من استحقاقه من الزكاة [١٠] .

(٦) المرجعين السابقين .
(٧) المرجعين السابقين .
(٨) المحلى جـ٦ ص١٤٣ .
(٩) شرح الازهار جـ١ ص٥١٦ ، ٥١٧ .
(١٠) المرجع السابق .

واذا أخذ ابن السبيل من الزكاة ما يبلغه الى وطنه ثم أضرب عن المسير اليها فانه يرد ما أخذه من الزكاة الى من دفعه اليه من الامام أو رب المال . أما اذا وصل لبلده وبقيت معه فضلة من مال الزكاة الذى أخذه فانه يطيب له ولا يرده [١] .

مذهب الامامية :

ويدفع الى ابن السبيل قدر الكفاية اللائقة بحاله من الملبوس والمأكول ومايركبه أو ثمنها أو أجرتها الى أن يصل الى بلده بعد قضاء وطره من سفره أو يصل الى محل يمكن تحصيلها بالاستدانة أو البيع أو نحوهما [٢] .

ويشترط لكى يعطى ابن السبيل من الزكاة عدم تمكنه من الاستدانة أو بيع ما يملكه أو نحو ذلك [٢] .

ولو فضل شيء مما أعطى لابن السبيل بعد بلوغه مقصده ولو بالتضييق على نفسه أعاده الى الحاكم من غير فرق بين النقد والدابة والثياب ونحوها فيدفعه الى الحاكم ويعلمه بأنه من الزكاة [٤] .

مذهب الاباضية :

وتعطى الزكاة لثمانية أصناف ، أى لفرد أو أكثر من صنف أو أكثر من تلك الأصناف . ولا يجب تفريقها على الأصناف الثمانية ولا سيما ان لم يوجد بعضها [٥] .

ويعطى ابن السبيل ان لم يكن غنيا فى بلده ولو أكثر مما يوصله ويعطى له قدر ما يبلغه ولو استغنى ببلده .

وهل يرد باقيا بيده ان وصل أهله وماله أو يمسكه ؟ قولان .

ويغرم ما أخذ ويرده لمن أعطاه اذا وصل لأهله وماله [٦] .

٥ ـ ابن السبيل وخمس الغنائم

ابن السبيل الذى يستحق فى الغنيمة هو من سبق بيان المقصود به فى مصرف الزكاة .

ويرى الأحناف :

أن خمس الغنيمة يقسم أثلاثا : لليتامى والمساكين وابن السبيل لكل منهم الثلث ؛ وذلك بعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام . ونصوا على جواز صرفه لصنف واحد ، اذ ذكر الأصناف انما جاء لبيان المصرف لا لايجاب الصرف الى كل منهم [٧] .

أما الشافعية والحنابلة :

فيرون أن الخمس يقسم على خمسة أسهم من بينها سهم ابن السبيل ، وباقى الأسهم للرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين ، وسهم الرسول لا يسقط بوفاته

---

(١) شرح الأزهار جـ١ ص٥١٦ ، ٥١٧ .
(٢) مستمسك العروة الوثقى جـ٩ ص٢٧٨ ، ٢٣٩ .
(٣) المرجع السابق ص٢٣٨ .
(٤) المرجع السابق ص٢٣٩ .

(٥) النيل جـ٢ ص١٢٥ .
(٦) النيل جـ٢ ص١٣٦ ، ١٣٧ .
(٧) الدر المختار ورد المحتار جـ٣ص٣٢٦ مطبعةدرب سعادة سنة ١٢٤٩ هـ .

بل يخلفه فيه الامام ويصرفه فى مصالح المسلمين [١] .

مذهب الزيدية :

أن مصرف الخمس مَنْ فى الآية، ويجوز عندهم اعطاؤه لصنف واحد ، ويوجبون تقديم الهاشمى فى المستحقين المذكورين فى الآية ومنهم ابن السبيل ، فان لم يوجد هاشمى صرف الى أولاد المهاجرين ، فان لم يوجدوا فأولاد الأنصار ، فان لم يوجدوا فلأولاد المسلمين من هذه الأصناف [٢] .

ويرى المالكية [٣] .

صرف الخمس الذى ذكر فى الآية لبيت مال المسلمين ، يصرفه الامام باجتهاده فى مصالحهم العامة والخاصة ، ويبدأ بالصرف ندبا لآله عليه الصلاة والسلام وهم بنو هاشم ثم للمصالح العائد نفعها للمسلمين من بناء المساجد وترميمها ورزق القضاة وقضاء الديون عن المعسرين وعقل الجراح وتجهيز الموتى ونحو ذلك .

ويرى الامامية [٤] .

قسمة الخمس ستة أسهم على الأصح :

١ — سهم لله سبحانه .

٢ — وسهم للنبى صلى الله عليه وسلم .

٣ — وسهم للامام ..

وهذه الثلاثة الآن لصاحب الزمان .

وثلاثة للأيتام والمساكين وأبناء السبيل .

ويشترطون فى أبناء السبيل الحاجة فى بلد التسليم سواء أكان سفره فى طاعة أو فى معصية .

ولا يجب التعميم على الأصناف ، بل يجوز دفع تمامه الى أحدهم ، وكذا لا يجب استيعاب أفراد كل صنف ، بل يجوز الاقتصار على واحد ، ولو أراد البسط لا يجب التساوى بين الأصناف أو الأفراد .

مذهب الظاهرية :

ويرى ابن حزم الظاهرى :

أن يقسم خمس الغنيمة على خمسة أسهم :

فسهم يضعه الامام حيث يرى من كل ما فيه صلاح وبر للمسلمين .

وسهم ثان لبنى هاشم .

وسهم ثالث لليتامى من المسلمين .

وسهم رابع للمساكين من المسلمين .

وسهم خامس لابن السبيل من المسلمين [٥] .

---

(١) البيجرمى جـ٤ ص٢٤١ ، ٢٤٤ .
(٢) شرح الازهار جـ١ ص٥٦٧ ، ٥٧٠ .
(٣) الشرح الكبير للدردير جـ٢ ص١٩٠ — طبعة دار احياء الكتب العربية .
(٤) مستمسك العروة الوثقى جـ٩ ص٤٩٤ ، ٤٩٦ .
(٥) المحلى لابن حزم جـ٧ ص٣٢٧ ، ٣٣٠ .

ابن العم

ابن العم من حيث :

الجهة ، والدرجة والقوة

الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية :

اتفق فقهاء هذه المذاهب على أن ابن العم الشقيق أو لأب من العصبة ، لأن جهات العصوبة عندهم أربع :

البنوة ، والأبوة ، والأخوة ، والعمومة .

وأنهم مرتبون على هذا النحو ، وان لهذا الترتيب تأثيرا فى الميراث بحيث يحجب من كان من جهة البنوة ميراث من كان من جهة الأبوة بالتعصيب وان كان يرث مافرض له بالنص .

وكذا له تأثير فى بعض الأحكام كاستحقاق القصاص والعقل : الذى هو تحمل الدية عن قريبهم العاصب فى القتل الخطأ على خلاف بينهم فى بعض هذه الأمور سيجىء فى موضعه .

واتفقوا على أن ابن العم الشقيق أو لأب فى درجة واحدة ، ولكن الشقيق أقوى ، ولذا يقدم عليه فى الميراث . وان جهتهما جميعا هى الجهة الرابعة وهى العمومة .

وفى ذلك يقول الحنفية : « العصبة نوعان ، نسبية وسببية . فالنسبية ثلاثة أنواع : عصبة بنفسه ، وهو كل ذكر لا يدخل فى نسبته الى الميت أنثى وهم أربعة أصناف : جزء الميت ، وأصله ، وجزء أبيه ، وجزء جده » .

« والمراد من جزء جده الأعمام وبنوهم وأعمام الأب وبنوهم » والأحق الابن ثم ابنه وان سفل ، ثم الأب ، ثم أبو الأب وان علا ، ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ لأب وأم ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم الأعمام ، ثم أعمام الأب ثم أعمام الجد على الترتيب : أى على الترتيب الذى ذكر فى الاخوة ، وهو أن يقدم العم لأب وأم على العم لأب ، ثم العم لأب على ولد العم لأب وأم [1] .

مذهب المالكية :

أما المالكية فقد ذهبوا الى أن ابن العم شقيقا أو لأب من العصبة وأنه من جهة العمومة ، وأن جهته فى العصوبة هى الجهة الخامسة لأن الجهات عندهم على النحو التالى كما قد جاء فى الشرح الصغير للدردير ، وحاشية الصاوى عليه :

« والعاصب هو من ورث المال كله اذا انفرد ، أو ورث الباقى بعد الفرض ، وهو الابن فابنه : أى ابن الابن وان سفل فالأب عاصب يحوز جميع المال عند عدم الابن أو ابنه .

---

(١) تبيين الحقائق جـ٦ ص٢٣٨ المطبعة الاميرية ، والمختصر المزنى الملحق بالام للشافعى جـ٨ ص١٣٩ نشر مكتبة كليات الازهر ، والمغنى لابن قدامة جـ٧ ص٢١ ، ٢٢ الطبعة الاولى للمنار سنة ١٣٤٨ هـ وكتاب البحر الزخار جـ٥ ص٣٣٩ الطبعة الاولى سنة ١٣٦٨هـ والمحلى جـ٧ ص٢٥٣ طبع ادارة الطباعة المنيرية .

فالجد وان علا عند عدم الأب ، والاخوة الأشقاء ، ثم الاخوة للأب عند عدم الشقيق ، فالعم الشقيق ، فالعم لأب ، فأبناؤهما ، فعم الجد فابنه ، يقدم الأقرب فالأقرب فى الدرجة على الأبعد وان كان الأبعد أقوى منه فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة ، وجهة الأبوة تقدم على جهة الجدودة والأخوة ، وجهة الأخوة تقدم على جهة العمومة ، ثم جهة بنى العمومة فيقدم ابن العم ولو غير شقيق على ابن ابن العم الشقيق للقرب ، فلا ينظر الى القوة الا مع التساوى ، فانه يقدم الشقيق ، ولكن بنى العمومة القريبة يقدمون على الأعمام الأباعد ، فأولاد عم الميت يقدمون على أعمام أبيه »[1] .

ولا يختلف الشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية عن هذا .

مذهب الامامية :

ذهب الامامية الى أن ابن العم شقيقا أو لأب من العصبة كغيرهم من الفقهاء ، ولكنهم لم يجعلوا ميراثا بالعصوبة ، بل جعلوا العاصب حسب المرتبة التى هو فيها من مراتب الوارثين .

وقد جعلوا المراتب ثلاثة .

فقد جاء فى المختصر النافع : « التعصيب باطل ، وفضل التركة يرد على ذوى السهام عدا الزوج والزوجة والأم مع وجود من يحجبها » . يريد من يحجبها حجب نقصان كولد الميت واخوته .

ثم قال : ومراتبهم (أى الأنساب) ثلاثة:
الأولى : الآباء والأولاد .

الثانية : الاخوة والأجداد اذا لم يكن أحد الأبوين ولا ولد وان نزل فالميراث للاخوة والأجداد .

الثالثة : الأعمام والعمات .

ثم قال : ولا يرث الأبعد مع وجود الأقرب مثل ابن خال مع خال أو عم ، أو ابن عم مع خال أو عم الا ابن عم لأب وأم مع عم الأب فابن العم أولى[2] .

ويفهم من هذا النص أن ابن العم شقيقا أو لأب أقرب درجة من ابن ابن العم ، كما أن القوة عندهم معتبرة ، فالشقيق يحجب الذى لأب .

فقد جاء فى المختصر النافع : «ولو كانوا متفرقين أى الأعمام والعمات » فلمن تقرب بالأم السدس ان كان واحدا ، والثلث ان كانوا أكثر بالسوية ، والباقى لمن يتقرب بالأب والأم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويسقط من يتقرب بالأب معهم ويقومون مقامهم عند عدمهم[3] .

ومن حيث أنأبناء العمومة يرثون ماكان يرثه آباؤهم كما قد جاء فيه « ويقوم أولاد العمومة والخئولة والخالات مقام آبائهم عند عدمهم » فان ابن العم الشقيق يكون أقوى فيحجب الذى لأب فقط .

---

(١) جـ٢ ص٤٢٣ ــ ٤٢٤ المطبعة الخيرية .

(٢) ص٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٢٧١ الطبعة الثانية لوزارة الاوقاف .

(٣) ص٢٧١ الطبعة السابقة .

مذهب الاباضية :

والاباضية يجعلون العمومة ومنها ابن العم فى الدرجة الخامسة من العصبات كالمالكية [١] .

أما ابن العم لأم فسيجىء الكلام عنه فى عنصر الميراث ، لأنه من ذوى الأرحام ، وقد اختلف فى توريثهم وطريقة توريثهم على ما سيجىء .

أحكام ابن العم

من حيث : الولاية ، والحضانة ، والنفقة ، والميراث ، والوصية ، والحج ، والزكاة ، والاقرار ، والقذف والجنايات ، والديات ، والعتق .

الولاية

مذهب الحنفية :

الولاية عند الحنفية نوعان : ولاية على النفس وولاية على المال . أما الولاية على النفس -- ويراد بها ولاية التزويج ونحوه كتأجير الصغير — فان الحنفية يرون أن ابن العم الشقيق أو لأب يكون وليا على ابن عمه وبنت عمه فى التزويج ان كانا قاصرين أو مما ألحق بالقاصر . وهذا اذا لم يوجد من هو أولى منه بهذه الولاية ، فقد جاء فى كتاب فتح القدير : « والترتيب فى العصبات فى ولاية النكاح كالترتيب فى الارث » [٢] .

وولاية ابن العم اجبارية فى الصغير والصغيرة ومن فى حكمهما : بمعنى أنه يزوجهما وان لم يكن لهما اذن ، ولكنه اذا زوج أحدا منهما كان له الخيار عند البلوغ أو الافاقة ان كان مجنونا .

أما ابن العم لأم فانه ليس من العصبة بل من ذوى الأرحام ، وبين علماء الحنفية خلاف فى ولايته للتزويج ، فأبو حنيفة ذهب الى أن له الولاية ككل الأقارب الذين ليسوا بعصبة . وتكون مرتبته بعد مرتبة العصبة ، وهذا انما كان على سبيل الاستحسان .

أما محمد فانه يذهب الى أنه لا ولاية لغير العصبات ، والولاية بعدهم للحاكم .

وأما أبو يوسف فالرواية عنه فى هذا مضطربة ، والأشهر أنه مع محمد .

وعلى ذلك يكون لابن العم لأم تزويج بنت عمه وابن عمه على رأى أبى حنيفة دون الصاحبين متى لم يكن هناك أقرب منه [٣] .

أما الولاية على المال فان ابن العم مطلقا : شقيقا أو لأب أو لأم ، فانه لا تثبت له هذه الولاية .

فقد جاء فى كتاب الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين فى شأن الولى على المال : ووليه أبوه ثم وصيه بعد موته ، ثم وصى وصيه وان بعد .. ثم من بعدهم

---

(١) النيل وشرحه جـ٨ ص٢٩٢ .

(٢) فتح القدير جـ٢ ص٤٠٧ الطبعة الاميرية .

(٣) فتح القدير جـ٢ ص٤٠٧ ، ٤١٣ .

جده الصحيح وان علا ، ثم وصيه ، ثم وصى وصيه .

وقد زاد القهستانى والزيلعى : ثم الوالى بالطريق الأولى ، لأن القاضى يستمدها منه ، ثم القاضى أو وصيه : أيهما تصرف يصح [١] .

ومن حيث أنه قد حصرت الولاية فى المال على من ذكروا فليس لابن العم ولاية فيه على ابن عمه ولا بنت عمه .

المالكية والشافعية والحنابلة :

ذهبوا الى أن الولاية فى التزويج ، وهى ولاية على النفس ، نوعان : ولاية اجبار ، وولاية اختيار .

وأن ولاية الاجبار لا تكون لأحد من العصبة الا للأب عند المالكية والحنابلة ، وكذا الجد اذا فقد الأب عند الشافعية ، فابن العم الشقيق أو لأب ليس له ولاية الاجبار كسائر العصبات ، ولكن تكون له ولاية الاختيار اذا لم يوجد من هو أولى منه كالاخوة والأعمام .

وابن العم الشقيق يقدم على ابن العم لأب عند فقهاء هذه المذاهب الا عند الشافعية والمالكية ، ففيه رأيان :

الأول : أنه يقدم ، وهو الأصح .

والثانى : أنهما وليان .

وعلى الأول اذا غاب الشقيق لا يزوج ابن العم لأب بل السلطان ، وعلى الثانى يزوج .

(١) جـ٥ ص١٢٢ طبعة دار الكتب العربية .

يقول الدردير المالكى فى الشرح الكبير والدسوقى فى حاشيته عليه : ثم بعد السيد والأب ووصيه لا جبر لأحد من الأولياء لأنثى ولو بكرا يتيمة تحت حجره .. الخ . وتثبت لابن العم ولاية الاختيار فقد نص الدردير على ذلك وهو بصدد مراتب هذه الولاية : « .. فالعم فابنه » [٢] .

وقال صاحب مغنى المحتاج الشافعى فى ولاية الاجبار : « ومن على حاشية النسب كأخ وعم لأبوين أو لأب وابن كل منهما لا يزوج صغيرة بحال : بكرا كانت أو ثيبا ، عاقلة أو مجنونة ، لأنها انما تزوج بالاذن ، واذنها غير معتبر » .

أما فى ولاية الاختيار فقد قال : وأحق الأولياء — أى فى التزويج — أب لأن سائر الأولياء يدلون به كما قاله الرافعى ، ومراده الأغلب والا فالسلطان والمعتق وعصبته لايدلون به .

ثم جد أبو الأب ثم أبوه وان علا .. ثم أخ لأبوين أو لأب لأن الأخ يدلى بالأب فهو أقرب من ابنه ، ثم ابنه (أى ابن كل منهما) وان سفل لأنه أقرب من العم ، ثم عم لأبوين أو لأب ، ثم ابن كل منهما وان سفل ، ثم سائر العصبة من القرابة : أى باقيهم كالارث لأن المأخذ فيهما واحد .. ومما قال فى تعليقه على قول صاحب المنهاج: « ويقدم ابن عم لأبوين على ابن عم لأب

(٢) جـ٢ ص٢٢٤ ، ٢٢٥ طبعة دار احياء الكتب العربية .

فى الأظهر الجديد ، لزيادة القرب والشفقة كالارث » .. ثم قال : وعلى القديم هما وليان لأن قرابة الأم لا مدخل لها فى النكاح » [١] .

وكذلك جاء فى هذا قول الخرقى الحنبلى وابن قدامة شارح مختصره : « واذا زوج الأب ابنته البكر فوضعها فى كفاية فالنكاح ثابت وان كرهت : كبيرة كانت أو صغيرة ، وليس هذا لغير الأب ، يعنى ليس لغير الأب اجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة ، جدا كان أو غيره [٢] .

وقال الخرقى فى الولاية الاختيارية : « وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ، ثم أبوه وان علا ، ثم ابنها وابنه وان سفل ، ثم أخوها لأبيها وأمها والأخ للأب مثله » .

وقد علق ابن قدامة فى المغنى على هذا فقال : اختلفت الرواية عن أحمد فى الأخ للأبوين والأخ لأب اذا اجتمعا ، فالمشهور عنه أنهما سواء فى الولاية .. والثانية الأخ من الأبوين أولى ، ثم أولادهم وان سفلوا ثم العمومة ، ثم أولادهم وان سفلوا ، ثم عمومة الأب [٣] .

أما ابن العم لأم فلا ولاية له فى التزويج باعتباره قريبا عند فقهاء هذه المذاهب جميعا ، لأنه من ذوى الأرحام [٤] .

هذه هى الولاية على النفس .

أما الولاية على المال فليس لابن العم مطلقا ، شقيقا أو لأ ب، أو لأم ، ولاية مالية على ابن عمه ولا بنت عمه ، فى هذه المذاهب .

فقد جاء فى الشرح الكبير للدردير المالكى : « والولى على المحجور من صغير أو سفيه لم يطرأ عليه السفه بعد بلوغه (الأب الرشيد) ، لا الجد والأخ والعم الا بايصاء من الأب . ثم يلى الأب وصيه فوصى الوصى وان بعد ، ثم يلى الوصى حاكم أو من يقيمه » [٥] .

وجاء فى كتاب مغنى المحتاج للخطيب الشربينى الشافعى : « ولى الصبى أبوه ثم جده وان علا ثم وصيهما ، ولا ولاية لسائر العصبات كالأخ والعم » [٦] .

وجاء فى كتاب المحرر لمجد الدين أبى البركات الحنبلى : « والولاية عليهما (أى الصغير والمجنون) للأب ما لم يعلم فسقه ، ثم لوصيه بهذا الشرط ، ثم للحاكم ، وعنه أنها بعد الأب للجد » [٧] .

مذهب الظاهرية :

يرى ابن حزم الظاهرى أن ابن العم ليس له ولاية اجبارية ، لأنها ليست الا للأب عند تحقق الصغر والبكارة .

---

(١) جـ٣ ص١٤٩ ، ١٥١ طبعة مصطفى البابى الحلبى

(٢) جـ٧ ص٢٧٩ ، ٣٨٢ طبعة المنار سنة ١٣٤٨ هـ .

(٣) جـ٧ ص٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، ٢٤٩ طبعة المنار سنة ١٣٤٨ هـ .

(٤) المراجع السابقة للمالكية والشافعية والحنابلة.

(٥) جـ٣ ص٢٩٩ ، ٣٠٠ طبعة دار احياء الكتب العربية .

(٦) جـ٢ ص١٧٣ ، ١٧٤ طبعة مصطفى الحلبى

(٧) جـ١ ص٤٦ مطبعة السنة المحمدية .

فقد جاء فى المحلى : « وللأب أن يزوج الصغيرة البكر ما لم تبلغ بغير اذنها ، ولا خيار لها اذا بلغت ، فان كانت ثيبا من زوج مات عنها أو طلقها لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها حتى تبلغ ، ولا اذن لها قبل أن تبلغ . واذا بلغت البكر والثيب لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجها الا باذنها ، فان وقع فهو مفسوخ أبدا » [١] .

وابن العم الشقيق أو لأب من هؤلاء الأولياء ، فليس له الولاية الاجبارية فى الزواج ، ولكن له الولاية الاختيارية ، وهى تزويج الكبيرة بعد اذنها ، كما يفهم مما تقدم .

وقد بيّن أن ابن العم من الأولياء بقوله : « ولا يحل للمرأة نكاح ، ثيبا كانت أو بكرا ، الا باذن وليها ، الأب أو الاخوة أو الجد أو الأعمام أو بنى الأعمام ، وان بعدوا ، والأقرب فالأقرب أولى . فان أبى أولياؤها من الاذن لها زوجها السلطان » [٢] .

ومقتضى هذا أن الكبيرة يكون لابن عمها العاصب ولاية تزويجها ، فلا تتزوج الا باذنه ، كما لا يزوجها الا باذنها . وذلك شأن الولاية الاختيارية .

وأما ولاية ابن العم على المال فليس له فيها عند ابن حزم الا ما لعامة المسلمين من ولاية [٣] .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن ابن العم الشقيق أو لأب له ولاية التزويج ، وهى الولاية على النفس ، فقد جاء فى البحر الزخار : « ولى النكاح ذو النسب وذو السبب ثم الولاية العامة ، ثم قال : النسب مقدم اجماعا وهو البنوة ، ثم الأبوة ، ثم الاخوة، ثم العمومة » [٤] .

والمراد بذى النسب العصبة .

فقد جاء فى شرح الأزهار : « وولى عقد النكاح الأقرب فالأقرب المكلف الحر من عصبة النسب » [٥] .

فابن العم ، شقيقا أو لأب ، يكون له حق الولاية على النفس بالنسبة لابن عمه وبنت عمه ، والشقيق مقدم فى ذلك على الذى لأب .

فقد جاء فى البحر الزخار : « وابن الأخ لأبوين أولى من ابن الأخ لأب اجماعا ، اعتبارا بالقرب كالأعمام ، اذ ولاية الأعمام وبنيهم تتبع الارث اجماعا » [٦] .

وهذه الولاية له ولاية اجبارية على الصغيرة ومن فى حكمها كالمعتوهة عند القاسمية وزيد بن على ، ولكن لها الاختيار اذا بلغت .

فقد جاء فى البحر الزخار : وللأب اجبار الصغيرة ولا خيار اذا بلغت .

---

(١) جـ٩ ص٤٥٨ ، ٤٥٩ ادارة الطباعة المنيرية .
(٢) جـ٩ ص٤٥١ الطبعة السابقة .
(٣) المحلى جـ٨ ص٣٢٣ .
(٤) جـ٣ ص٤٦ الطبعة الأولى سنة ١٩٤٨ .
(٥) جـ٢ ص٢٢١ — ٢٢٣ طبعة حجازى .
(٦) جـ٣ ص٤٦ الطبعة السابقة .

ثم قال : وزيد بن على والقاسمية يقولون : وللامام وسائر الأولياء اجبار الصغيرة كالأب ، لكن تخير اذا بلغت »[1] .

أما الصغير فقد جاء عنهم فيه أن ابن العم شقيقا أو لأب وغيره من الأولياء يزوجه .

فقد جاء فى البحر الزخار : « يقول أبو العباس : ولا يختص الأب بتزويج الصغير اذ لأوليائه انكاحه كما لو كان أنثى ويخير متى بلغ كالبنت » .

ونقل عن المرتضى قوله : لا ولاية لغير الأب[2] .

أما ابن العم لأم فلا ولاية له على النفس فلا يزوج بنت عمه لأمه .

فقد جاء فى البحر الزخار : « فان عدما (أى ولى النسب وولى السبب) فالامام أو واليه »[3] .

وقد تقدم ما يدل على أن المراد بولى النسب العصبة لا ذوو الأرحام .

أما الولاية على المال فالزيدية كغيرهم ممن قدمنا فى أنه لا ولاية لابن العم على المال[4] .

مذهب الامامية :

أما الشيعة الامامية فقد ذهبوا الى أنه ليس لابن العم ولاية التزويج :

فقد جاء فى المختصر النافع : « لا ولاية فى النكاح لغير الأب ، والجد للأب وان علا ، والوصى ، والمولى ، والحاكم »[5] .

أما الولاية على المال فانه قد جاء فى كتاب شرائع الاسلام ما يدل على أنهما لا ولاية لهما ، وذلك قوله : « والولاية فى مال الطفل والمجنون للأب ، والجد لأب ، فان لم يكونا فللوصى ، فان لم يكن فللحاكم . أما السفيه والمفلس فالولاية للحاكم لا غير »[6] .

ومن هذا يعلم أيضا أن ابن العم لأم لا ولاية له فى تزويج ولا مال .

مذهب الاباضية :

ذهب الاباضية الى أن ابن العم شقيقا أو لأب تكون له الولاية فى النكاح ما لم يوجد أب ولا جد ، ولا أخ ولا ابنه ولا عم ، ويكون الشقيق مقدما على الذى لأب .

فقد جاء فى كتاب النيل : « وأولى الأولياء بالنكاح الأب فالجد فالأخ فابنه فالعم فابنه .. والشقيق أولى من الأبوى فقط »[7] .

وأما الولاية على المال فتجب على أقارب اليتيم الأقرب فالأقرب منهم[8] .

(١) جـ٣ ص٥٦ الطبعة السابقة .
(٢) جـ٣ ص٥٦ ، ٥٧ الطبعة السابقة .
(٣) جـ٣ ص٤٨ الطبعة السابقة .
(٤) جـ٥ ص٨٨ الطبعة الاولى سنة ١٩٤٨ م
(٥) ص١٩٦ الطبعة الثانية لوزارة الاوقاف .
(٦) جـ١ ص٢٠٥ نشر دار مكتبة الحياة ببيروت .
(٧) جـ٢ ص٢٦٥ .
(٨) شرح النيل جـ٢ ص٦١٧ .

الحضانة :

مذهب الحنفية :

يذهب الحنفية الى أن لابن العم ، شقيقا أو لأب حضانة الصغير الذكر اذا لم يوجد من النساء من يستحق الحضانة ، ولا من الرجال من هو أولى منه لتقدمه فى الارث عليه .

فقد جاء فى الزيلعى : « ثم العصبات : أى اذا لم يكن للصغير امرأة تكون الحضانة للعصبات على ترتيبهم فى الارث على ما عرف فى موضعه ، يقدم الأقرب فالأقرب ، لأن الولاية له » .

غير أن الصغيرة لا تدفع الى غير محرم من الأقارب كابن العم [1] .

أما ابن العم لأم فليس له حضانة لا للذكر ولا للأنثى لأنه وان كان ذا رحم فانه غير محرم ، والحضانة انما يعتمد فيها بالنسبة لغير العصبة على الرحم والمحرمية .

فقد جاء فى حاشية الشلبى على الزيلعى: « المراد من ذوى الأرحام هنا غير ذوى الأرحام المذكورين فى الفرائض ، فان ذا الرحم فى الفرائض كل قريب ليس بذى سهم ولا عصبة ، فالأخ من الأم ليس من ذوى الأرحام ، لأنه صاحب سهم .

وأما ذو الرحم هنا فالمراد به كل قريب ذى رحم محرم من المحضون وهو غير عصبة ، فان كلا ممن ذكره الشارح من الأخ للأم ، والعم من الأم والخال ، قريب ذو رحم محرم من المحضون ، وهو غير عصبة له » [2] .

مذهب المالكية :

يذهب المالكية الى أنها لابن العم مطلقا ، تثبت له الحضانة فى مرتبته بين أصحاب الحق فيها ، ويقدم الذى لأم على الذى لأب .

فقد جاء فى الشرح الكبير للدردير ، بعد أن ذكر الحاضنات وبعض الحاضنين ، ثم العم ثم ابنه قرب كل أو بعد ، ومعلوم أن الأقرب يقدم على الأبعد .

ثم قال : وقدم الشخص الشقيق ذكرا أو أنثى على الذى للأم ، ثم الذى للأم ، ثم الذى للأب فى الجميع ، أى جميع المراتب التى يمكن فيها ذلك [3] .

ولكن يشترط فى حضانته للكبيرة المطيقة للوقاع أن يكون محرما عليها ولو فى زمن الحضانة كأن يتزوج بأمها . والا فلا حضانة له .

مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية الى أن لابن العم : شقيقا أو لأب حق الحضانة لابن عمه وبنت عمه ولكن لا تسلم اليه اذا كانت مشتهاة ، بل تسلم الى أنثى ثقة يعينها هو .

(١) جـ٣ ص٤٨ الطبعة الاميرية .

(٢) المرجع السابق .

(٣) جـ٢ ص٥٢٨ ، ٥٢٩ طبعة دار احياء الكتب العربية .

فقد جاء فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج: « وتثبت لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الارث ، وكذا وارث غير محرم كابن العم ، فان له الحضانة على الصحيح لوفور شفقته بالولاية » .

والثانى : لا ، لفقد المحرمية ، ولا تسلم اليه مشتهاة حذرا من الخلوة المحرمة ، بل تسلم الى ثقة يعينها ولو بأجرة من ماله [1] .

أما ابن العم لأم فانه لا حق له فى الحضانة لابنة عمه لأمه ، ولا لابن عمه لأمه بناء على ما سار عليه صاحب المنهاج والمغنى ، اذ جاء فيهما : « فان فقد الارث والمحرمية معا كابن خال وابن عمة أو الارث فقط والمحرمية باقية كأبى أم وخال ، فلا حضانة لهم فى الأصح . لفقد الارث والمحرمية فى الأول ولضعف قرابته فى الثانية ، لأنه لا يرث بها ولا يعقل ، وغير الأصح له الحضانة لشفقته بالقرابة » [2] .

وابن العم لأم كابن الخال فى عدم الارث وعدم المحرمية .

مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة الى أن ابن العم ، شقيقا أو لأب ، له حضانة ابن عمه ، أما بنت عمه فلا يحق له حضانتها ان كانت كبيرة الا اذا كانت محرمة عليه برضاع أو غيره مما يقتضى التحريم .

فقد جاء فى المحرر : « لا حضانة الا لرجل من العصبة ، أو لامرأة وارثة أو مدلية بعصبة أو بوارث ، فان عدموا فالحاكم ، وقيل : ان عدموا ثبتت لسواهم من الأقارب ، ثم الحاكم » .

ثم قال : وليس لابن العم ونحوه حضانة الجارية اذا لم يكن محرما برضاع أو نحوه [3] .

أما ابن العم لأم فلا حضانة له كما يؤخذ من النص السابق ، اذ خصها بالعصبة .

مذهب الظاهرية :

ذهب ابن حزم الظاهرى الى أن ابن العم الشقيق أو لأب ، وكذا ابن العم لأمه يكون له حق الحضانة اذا لم يوجد من هو أولى منه .

فقد جاء فى المحلى ، عند الكلام على الحضانة بعد الأم : « فان لم تكن الأم مأمونة فى دينها ودنياها نظر للصغير والصغيرة بالأحوط فى دينهما ثم دنياهما ، فحيثما كانت الحياطة لهما فى كلا الوجهين وجبت هنالك : عند الأب أو الأخ أو الأخت أو العمة أو الخالة أو العم أو الخال ، وذوو الرحم أولى من غيرهم بكل حال .

فان استووا فى صلاح الحال فالأم والجدة ثم الأب والجد ثم الأخ والأخت ثم الأقرب فالأقرب » [4] .

وقد ذكر ابن العم صراحة فى أنه صاحب حق فى الحضانة حيث ساق حادثة الامام

(١) جـ٣ ص٤٥٣ ، ٤٥٤ طبعة مصطفى الحلبى
(٢) جـ٣ ص٤٥٤ .

(٣) جـ٢ ص١١٩ ، ١٢٠ طبعة مطبعة السنة المحمدية .

(٤) جـ١٠ ص٣٢٣ طبعة ادارة الطباعة المنيرية .

على رضى الله عنه وأخيه جعفر فى طلب كل منهما لحضانة بنت عمهما حمزة ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لجعفر لأنه كان متزوجا خالتها ، فقد قال : «ونحن لا ننكر قضاءه صلى الله عليه وسلم بها لجعفر من أجل خالتها ، لأن ذلك أحوط لها » [١] .

وهذا النص يبين أن القضاء بها انما كان لابن عمها جعفر ، وانه كان أولى من الامام على مع انه أخوه لأن خالتها كانت عند جعفر ، وليس القضاء لخالتها لأنها بمركز الأم كما قال غيره من الفقهاء .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن ابن العم الشقيق أو لأب يكون له حق الحضانة للذكر دون الأنثى .

فقد جاء فى شرح الأزهار ، بعد أن ذكر حضانة المحارم من العصبة وذوى الأرحام: « ثم اذا عدم المحارم من العصبات وذوى الأرحام فالأولى بالذكر عصبة غير محرم : الأقرب فالأقرب ، وأما الأنثى فلا حضانة تجب لهم فيها ، بل هم وسائر المسلمين على سواء فى حقها ، فينصب الامام أو الحاكم من يحضنها [٢] .

أما ابن العم لأم فانه لا حق له فى الحضانة الا للغلام اذا فقد المحارم من العصبة وذوى الأرحام ، وفقد أيضا العصبة غير المحارم .

فقد جاء فى شرح الأزهار : « ثم اذا عدمت العصبات المحارم وغير المحارم وذوو الأرحام المحارم ، انتقلت الحضانة الى من وجد من ذوى رحم غير محرم كابن الخال وابن الخالة وابن العمة : الأقرب فالأقرب ، وولايتهم كذلك ، أى هم أولى بالذكر دون الأنثى كالعصبات غير المحارم [٣] .

مذهب الامامية :

ذهب الامامية ، فى قول ، الى أن ابن العم ، شقيقا أو لأب ، أو لأم ، يكون له حق الحضانة اذا لم يوجد من هو أولى منه كالأعمام والعمات .

فقد جاء فى شرائع الاسلام : « فان فقد الأبوان فالحضانة لأبى الأب ، فان عدم قيل كانت الحضانة للأقارب وترتبوا ترتب الارث ، وفيه تردد » [٤] .

النفقة

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن ابن العم مطلقا ، شقيقا أو لأب أو لأم ، لا تجب عليه نفقة ولد عمه .

فقد جاء فى الفتاوى الأنقروية :

وأما بيان صفة من تجب له هذه النفقة فهو من كان ذا رحم محرم ، وهو الضابط عندنا ، والأحراز بالارث ليس بشرط ، حتى وجبت على الخال والخالة دون ابن العم ، والميراث له [٥] .

(١) جـ١٠ ص٣٢٦ الطبعة السابقة .
(٢) جـ٢ ص٥٢٦ الطبعة الثانية ــ مطبعة حجازى بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .
(٣) جـ٢ ص٥٢٦ الطبعة السابقة .
(٤) جـ٢ ص٤٥ نشر دار مكتبة الحياة ببيروت .
(٥) جـ١ ص١٠٥ الطبعة الاميرية .

مذهب المالكية :

قد ذكر الدردير فى كتابه الشرح الكبير من تجب عليهم النفقة للأقارب ، فذكر وجوبها على الوالد لولده العاجز عن الكسب وعلى الولد لوالده ووالدته المعسرين اذا عجزا عن الكسب ، وذكر أنه لا تجب على الولد نفقة جده ولا جدته ولا ولد ابنه ، ولم يذكر ابن العم فيمن تجب عليهم نفقة أولاد عمه ، فدل هذا على أن ابن العم مطلقا لا نفقة عليه لأولاد عمه [١] .

مذهب الشافعية :

كذلك ذهب الشافعية الى أنه لا نفقة على ابن العم لابن عمه ، لأن النفقة على القريب انما تعتمد على البعضية .

فقد جاء فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج : والموجب لها — أى النفقة — قرابة البعضية فقط ، يلزمه : أى الشخص ذكرا كان أو غيره نفقة الوالد الحر وان علا من ذكر أو أنثى ، والولد الحر وان سفل من ذكر أو أنثى [٢] .

مذهب الحنابلة :

يذهب الحنابلة الى أن ابن العم ان كان شقيقا أو لأب تجب النفقة عليه لأولاد عمه الفقراء ذكورا أو اناثا ، وفى رواية لا تجب عليه للاناث .

فقد جاء فى الشرح الكبير للمقدسى : ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لمورثه اذا اجتمعت الشروط التى ذكروها : وحكى ابن المنذر عن أحمد فى الصبى المرضَع لا أب له نفقته وأجرة رضاعه على الرجال دون النساء .

ثم قال : فان كان اثنان يرث أحدهما قريبه ولا يرثه الآخر ، كالرجل مع عمته ، أو بنت عمه وابنة أخيه ، والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها ، فالنفقة على الوارث دون الموروث . نص عليه أحمد فى رواية ابن زياد فقال : يلزم الرجل نفقة بنت عمه ، ولا يلزمه نفقة بنت أخته .

وذكر أصحابنا : لا تجب النفقة على الوارث ههنا ، لأنها قرابة ضعيفة ، لكونها لا تثبت التوارث من الجهتين [٣] .

والشروط الذى ذكر أنها سبقت هى : أن يكونوا فقراء ، وأن يكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفقه عليهم فاضلا عن نفقة نفسه [٤] .

أما ابن العم لأم فانه من ذوى الأرحام وقد ورد عندهم فى وجوب النفقة عليه لأولاد عمه لأمه روايتان ذكرهما ابن قدامة المقدسى فى الشرح الكبير [٥] .

---

(١) جـ٢ ص٥٢٢ ، ٥٢٣ طبعة دار احياء الكتب العربية .

(٢) جـ٣ ص٤٤٦ طبعة مصطفى البابى الحلبى

(٣) جـ٩ ص٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ الطبعة الاولى للمنار سنة ١٣٤٨ هـ .

(٤) جـ٩ ص٢٧٦ ، ٢٧٧ من الشرح الكبير طبعة المنار الاولى سنة ١٣٤٨ هـ .

(٥) جـ٩ ص٢٨٠ الطبعة السابقة .

مذهب الظاهرية :

ذهب ابن حزم الظاهرى الى أن ابن العم الشقيق أو لأب تجب عليه النفقـة لأولاد عمه ان كان يرثهم : بأن يكون لا يحجبه حاجب عن ميراثهم ، والا فلا نفقـة عليه ، فانه قد قال فى المحـلى — بعـد أن ذكر النفقـات على الآباء والأبنـاء ، والأخوة والأخوات ، والزوجات — فان فضـل عن هؤلاء بعد كسوتهم ونفقتهم شىء أجبر على النفقـة عـلى ذوى الأرحام المحـرمة ، ومورثيه ، ان كان من ذكرنا لا شىء لهم ، ولا عمل بأيديهم تقوم مؤنته منه ، وهم الأعمام والعمات والأخوال والخالات وان علوا وبنو الاخوة وان سفلوا ، والمورثون هم من لا يحجبه أحد عن ميراثه ان مات : من عصبته أو مولى من أسفل . فان حجب عن ميـراثه لوارث فـلا شىء عليـه من نفقاتهم [1] .

أما ابن العم لأم فلا نفقة عليه لأولاد عمه لأمه ، فقد جاء فى المحلى : فصح بهذا ، أى بقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفس الا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ، وعلى الوارث مثـل ذلك » ، أن النفقـة على الوارث مع ذوى الرحـم المحرمة . وخرج من ليس ذا رحم محرمة ولا وارثا من هذا الحكم ، ومن تخصيصه بالنفقة منه أو عليه ، لأنه كسائر من أدلته الولادات ، ولادة بعد ولادة الى آدم عليه السلام [2] .

(١) المحلى جـ١٠ ص١٠٠ ، ١٠١ .
(٢) المرجع السابق ص١٠٦ .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن ابن العم ، شـقيقا أو لأب أو لأم ، تجب عليه نفقة ابن عمـه متى كان ابن عمه هذا معسرا وهو موسر متى توفرت باقى الشروط اللازمة لذلك [3] .

مذهب الامامية :

يذهب الامامية الى أنه لا نفقة لابن العم شقيقا أو لأب أو لأم على ولد عمه .

فقد جاء فى شرائع الاسـلام : « تجب النفقة على الأبوين والأولاد اجماعا ، وفى وجوب الانفاق على آباء الأبوين وأمهاتهم تردد ، أظهره الوجوب .

ولا تجب النفقة على غير العمودين (أى عمودى النسب ، من الآباء والأولاد) من الأقارب كالاخـوة والأعمـام والأخـوال وغيرهم ، لكن تستحب وتتأكد فى الوارث منهم [4] .

مذهب الاباضية :

ذهب الاباضية الى أن ابن العم ، شقيقا أو لأب ، تكون عليه نفقة ابن عمه وبنت عمه ، فقد جاء فى كتاب النيـل وشرحه ما حاصله :

لزم أبا نفقة أطفاله ومجانينه وان كان لهم مال ، وله اتفاقهم من مالهم ان كان.. الى أن قال : ومن يتوارث معه من ولى : (أى يرث كل منهما الآخر ، وليس هذا شرطا) بل تجب عليك نفقة من ترثه سـواء كان يرثك أو لا يرثك .

(٣) شرح الازهار جـ٢ ص٥٤٩ ، ٥٥٠ .
(٤) جـ٢ ص٤٨ الطبعة السابقة .

وكأنه أراد من يقع الميراث بينك وبينه . أو ترثه ولا يرثك . واما ان كان يرثك ولا ترثه فلا نفقة له عليك . وهذا معلوم من أن الانفاق بحسب الارث : أى مرتب على الارث .

واختلفوا فى وجوب النفقة على ابن العم لأم ، فبعضهم لم يوجبها ولو كان وارثا ، وصحح أبو زكريا ايجابها ورجحه صاحب النيل [١] .

الميـــراث

اتفقت كلمـــة الفقهـــاء فى المذاهب التى التزمناها الا الناصر وأبو طالب من الزيدية والا الامامية ، على أن ابن العم : شقيقا أو لأب ، يرث بجهـــة التعصـــيب ، لأنه من العصبة ، وهم من ليس لهم سهم مقدر ، وأجمع هؤلاء على توريثهم بجهة التعصيب، وان كلا منهما يأخذ كل التركة اذا لم يوجد وارث سواه ، وان وجد مع أصحاب فروض يأخذ ما بقى منهم بعد استيفائهم فروضهم، اذا لم يكن هناك من يقدم عليه من العصبة وهم الأبناء والآباء والاخوة والأعمام [٢] .

(١) جـ٧ ص٢١٠ ، ٢١١ .

(٢) الحنفية: تبيين الحقائق، الزيلعى جـ٦ ص٢٣٧، ٢٣٨ الطبعة الاميرية .

والمالكية : الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٤٦٥ ، ٤٦٦ طبعة دار احياء الكتب العربية .

والشافعية : المنهاج وشرحه مغنى المحتـــاج جـ٤ ص٩ طبعة مصطفى الحلبى واولاده بمصر .

والحنابلة : المغنى لابن قدامة جـ٣ ص١٩، ٢٠ الطبعة الأولى للمنار سنة ١٣٤٨ هـ .

والظاهرية : المحلى جـ٩ ص٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٦٨ مطبعة ادارة الطباعة المنيرية .

والزيدية : البحر الزخار جـ٥ ص٣٥١ الطبعـــة الاولى سنة ١٩٤٩ م .

والاباضية : النيل وشرحه جـ٨ ص٢٨٢ ، ٢٩٠ .

الناصر وأبو طالب من الزيدية :

يذهب هذان الى أن ابن العم ، شقيقا أو لأب وغيرهما من العصبة لا يرث مع البنت، بل يرد عليها — بعد ارثها بالفرض — ما بقى من التركة .

فقد جاء فى البحر الزخار : ان كان معها (أى البنت) عصبة فلهم .

وقال الناصر وأبو طـــالب : بل تسقطهم كالذكر [٣] .

مذهب الامامية :

يذهبون الى أن ابن العم ، شـــقيقا أو لأب وغيره من العصبة لا يرث ما دام هناك ذو سهم ، بل يسقط العصبة ويرد ما بقى من التركة على ذوى الســـهام ، ما عـــدا الزوج والزوجة والأم فى بعض الحالات .

فقد جاء فى المختصر النافع : والتعصيب باطل ، وفاضل التركة يرد على ذوى السهام عدا الزوج والزوجة والأم مع وجود من يحجبها على تفصيل عندهم [٤] .

ولكنه يرث بالقرابة اذا لم يوجـــد ذو سهم ، ولا أحد أســـبق منـــه فى الدرجة كالعم ، الا اذا كان هذا العم عما لأب فانه يقدم ابن العم الشقيق عليه .

فقد جاء فى المختصر النافع : ولا يرث الأبعد مع الأقرب مثل ابن خال مع خال أو عم ، أو ابن عم مع خال أو عم ، الا ابن عم لأب وأم مـــع عـــم لأب فابن العـــم أولى [٥] .

(٣) جـ٥ ص٣٤١، ٣٤٢ الطبعة الاولى سنة١٩٤٩م .

(٤) ص٢٦٨ الطبعة الثانية لوزارة الاوقاف .

(٥) المختصر النافع ص٢٧١ .

وابن العم لأب انما يرث اذا لم يوجد ابن عم شقيق ولا ابن عم لأم ، فان وجدا ورث من يتقرب بالأم السدس اذا كان أبوه غير موجود وكان واحدا ، فان كانوا أكثر أخذوا تركة ما كان يأخذه أبوهم وهو السدس ان كان واحدا أو ما يخصه من الثلث ان كان مع غيره من اخوته .

والباقى يكون لمن هو شقيق .

ولا يكون لابن العم لأب شيء ، لأن أباه لا يرث مع وجود الأخ لأم والأخ الشقيق .

فقد جاء فى المختصر النافع : ويقوم أولاد العمومة والعمات والخئولة والخالات مقام آبائهم عند عدمهم .

وحينما ذكر نصيب آبائهم قال : والعمومة والعمات للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو كانوا متفرقين (أى ليسوا أشقاء ولا لأب ولا لأم جميعا) فلمن تقرب بالأم السدس ان كان واحدا ، والثلث ان كانوا أكثر بالسوية .

والباقى لمن تقرب بالأب والأم للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويسقط من يتقرب بالأب معهم ، ويقومون مقامهم عند عدمهم [1] .

أما ابن العم لأم فانه من ذوى الأرحام عند الفقهاء ، ومن ذوى القرابة النسبية على اصطلاح الأمامية فى الميراث . وقد اختلف الفقهاء فى توريثه على النحو الآتى :

(١) المرجع السابق .

الحنفية والحنابلة والزيدية :

ذهب هؤلاء الفقهاء الى توريثه اذا لم يكن ذو فرض ولا عاصب ولا من هو أولى منه من ذوى الأرحام [2] (انظر ميراث ذوى الأرحام) .

مذهب المالكية :

ذهب متقدمو المالكية الى أن ابن العم لأم لا يرث ، لأنه من ذوى الأرحام ، وهم لا يورثون ذوى الأرحام ، أما متأخروهم فقد أفتوا بارثهم على تفصيل عندهم [3] .

مذهب الشافعية :

وقد جاء عند الشافعية فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج : « ولو فقدوا (أى الورثة) من الرجال والنساء كلهم أو فضل عمن وجد منهم شيء ، فأصل المنقول فى المذهب أنه لا يرث ذوو الأرحام أصلا .

وأصل المذهب أيضا أنه لا يرد ما بقى على أهل الفرض فيما اذا فضل منهم شيء ، بل المال كله فى فقدهم كلهم أو الباقى فى فقد بعضهم بعد الفروض لبيت المال ، سواء انتظم أمره بامام عادل يصرفه فى جهته أم لا .

هذا هو منقول المذهب فى الأصل ، وقد يطرأ على الأصل ما يقتضى مخالفته .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعى جـ٦ ص٢٤٢ المطبعة الاميرية ، والمغنى جـ٧ ص٨٢ الطبعة الاولى ، البحر الزخار جـ٥ ص٣٥٢ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ٤ ص٤٦٨ ، طبع دار الكتاب العربى .

وأفتى جمهور المتأخرين من الأصحاب — اذا لم ينتظم بيت المال لكون الامام غير عادل — بالرد : أى بأن يرد على أهل الفرض غير الزوجين ما فضل من فروضهم بالنسبة لسهامهم فان لم يكونوا صرف لذوى الأرحام [١] .

ولكن صاحب مغنى المحتاج — وهو الخطيب الشربينى — اختار أن هذا الرأى ليس لجمهور المتأخرين فقط ، بل هو رأى عامة مشايخ الشافعية ، متقدميهم ومتأخريهم .

مذهب الظاهرية :

أما ابن حزم الظاهرى فانه يذهب الى عدم توريث ذوى الأرحام مطلقا ، فلا يكون ابن العم لأم وارثا [٢] .

مذهب الامامية :

ذهبوا الى أن ابن العم لأم يرث باعتباره من ذوى النسب لا من ذوى الرحم ، اذ أنهم لم يجعلوا لذوى الرحم منزلة خاصة فى الميراث [٣] .

مذهب الاباضية :

ذهبوا الى توريث ابن العم لأم اذا لم يوجد ذو سهم ولا عاصب ، وينزل منزلة أبيه فيرث ما كان يرثه أبوه على تفصيل عندهم [٤] .

(١) جـ٣ ص٦ ، ٧ طبعة مصطفى البابى الحلبى

(٢) المحلى جـ٩ ص٣١٢ طبعة ادارة الطباعة المنيرية .

(٣) المختصر النافع ص٢٧١ الطبعة الثانية .

(٤) شرح النيل جـ٨ ص٤١٢ .

هذه هى المذاهب فى توريث ابن العم مطلقا (انظر : ارث وذوى الأرحام) .

الوصية

لا يختص ابن العم بأحكام فى الوصية ولكن ان كان وارثا فالوصية له وصية لوارث ، وان كان غير وارث فالوصية له وصية لأجنبى وأحكام ذلك مبينة فى (وصية) .

الخلوة ببنت العم
والسفر بها للحج وغيره

لا يختص ابن العم بحكم فى الحج بالنسبة لابنة عمه لكنه اذا كان زوجها أو ثبتت محرميته لها بنسب أو رضاع أو مصاهرة كان حكمه حكم المحارم وان لم يكن أحد هذه الأربعة أخذ حكم الأجنبى . (انظر : محارم ، أجنبى ، خلوة) [٥] .

غير أن المالكية يذكرون فى الخلوة ما خلاصته : أنه لا تودع المحرم لغير ذى محرم الا أن يكو مأمونا له أهل ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يخلون رجل بامرأة ليس بينه وبينها محرم » ، ويستثنى من ذلك ما اذا وجد الرجل — ابن عم أو

(٥) شرح الهداية وفتح القدير جـ٢ ص١٢٨ ، ١٣٠ الطبعة الاميرية ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ٢ ص٨ ، ٩ طبعة دار احياء الكتب العربية ، مغنى المحتاج جـ١ ص٤٦٧ طبعة مصطفى البابى الحلبى والمجموع جـ٧ ص٨٦ طبعة ادارة الطباعة المنيرية، المغنى والشرح الكبير جـ٣ ص١٩٠ ، ١٩٢ الطبعة الأولى للمنار ، والمقنع جـ٣ ص١٩٠ الطبعة الاولى للمنار بذيل المغنى لابن قدامة ، المحلى جـ٧ ص٤٧ ، ٥٠ طبعة ادارة الطباعة المنيرية ، البحر الزخار جـ٢ ص٢٣ ، ٢٨٦ ، الطبعة الأولى ، شرائع الاسلام جـ١ ص١١٥ نشر مكتبة الحياة ببيروت ، كتا بالنيل جـ٢ ص١٦٨ ، ١٦٩ .

غيره — امرأة فى مفازة ومكان منقطع وخشى عليها الهلاك فانه يجب عليه أن يصحبها معه وأن يرافقها وان أدى الى الخلوة بها لكن يحترس جهده ، وللولى والوصى غير المحرمين أن يسافروا بالصبية اذا لم يكن لها أهل تخلف عندهم وكانا مأمونين ، واختلفوا فيه اذا كان للصبية أهل وهو مأمون وله أهل [1] .

مذهب الشافعية :

وعند الشافعية : جاء فى المنهاج وشرحه ما حاصله : « وتثبت الحضانة لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الارث وكذا غير محرم كابن عم على الصحيح لوفور شفقته، والثانى : لا ، لفقد المحرمية ، ولا تسلم اليه مشتهاة حذرا من الخلوة المحرمة ، بل تسلم الى ثقة يعينها .

فان كان له بنت مثلا يستحى منها جعلت عنده مع بنته [2] .

الزكاة

مذهب الحنفية :

ذهبوا الى أن ابن العم مطلقا يجوز أن يدفع زكاة ماله الى أولاد عمه .

فقد جاء فى كتاب الهداية والعناية : ولا يدفع المزكى زكاته الى أبيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل: أى من يكون بينهم قرابة ولاد ، أعلى أو أسفل ، وأما سواهم من القرابة فيتم الايتاء بالصرف اليهم ، وهو أفضل لما فيه من صلة الرحم [3] .

أما صدقة الفطر فلا يجب اخراجها عن أولاد العم .

فقد جاء فى الزيلعى ما حاصله : يخرج صدقة الفطر عن نفسه وولده الصغير الفقير ، وعبيده للخدمة ، لأن السبب رأس يمونه ويلى عليه ، لا زوجته ولا ولده الكبير [4] .

مذهب المالكية :

ذهبوا الى ما ذهب اليه الحنفية .

فقد جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى : « ومصرفها فقير ومسكين ان أسلم كل منهما وتحرر اذا لم يكن عنده شىء ، أو كان عنده قليل لا يكفيه عامه ، أو ينفق نحو والد أو بيت مال بما لا يكفيه . فمن لزمت نفقته مليئا أو كان له مرتب فى بيت المال يكفيه لا يعطى منها [5] .

وقد تقدم فى النفقة أن ابن العم لا تلزمه نفقة ابن عمه ، وعلى ذلك يؤخذ مما تقدم أنه اذا كان فقيرا وليس له من تلزمه نفقته أعطى منها .

أما صدقة الفطر فان ابن العم مطلقا لا يلزمه اخراجها عن أولاد عمه ، لأنهم لاتجب لهم عليه نفقة ، فقد جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه : « يجب الاخراج (أى اخراج صدقة الفطر) عن كل مسلم

(١) الحطاب جـ٢ ص٥٢٣ ، ٥٢٦ مطبعة السعادة .
(٢) جـ٣ ص٤٥٣ ، ٤٥٤ طبع مصطفى الحلبى .
(٣) جـ٢ ص٢١ الطبعة الاميرية .
(٤) جـ١ ص٣٠٦ طبع الاميرية .
(٥) جـ١ ص٤٩٢ .

يسونه : أى تلزمه نفقته بقرابته كالأولاد الذكور الى البلوغ ، والاناث الى الدخول أو الدعـوة اليـه ، والوالدين الفقيرين ، والزوجة ، وزوجة الأب ، وخادم لواحـد من هؤلاء ان لم يكن بأجـر ، كأن كان رقيقا » [١] .

مذهب الشافعية :

الى مثل ما تقدم ذهب الشافعية فى نفقة ابن العم على أولاد عمه .

فقد جاء فى مغنى المحتاج عند الكلام عن شروط من تدفع اليه الزكاة : « ألا يكون ممن تلزمه نفقته » [٢] .

وكذا ألا تكون مكفية بنفقة على قريب أو زوج . فقد جاء فيه أيضا : « والمـكفى بنفقة قريب أو نفقة زوج ليس فقيرا ولا مسكينا ، فلا يعطى من سهمهما فى الأصح . والقول الثانى (أى غير الأصح) : نعم هو فقير أو مسكين لاحتياجهما الى غيرهما ، ومحل الخلاف اذا كان يسـكن الأخذ من القريب أو الزوج [٣] .

وقد تقدم عند الكلام على النفقة أنهـا — عندهم — لا تجب على ابن العم مطلقا، لأن الموجب لها قرابة البعضية ، وهى فى الوالد وان علا ، والولد وان سفل . وعليه يصح اعطاء أولاد العـم من الزكاة ، أما صـدقة الفطر فانه لا يجب على ابن العم اخراجها عن أولاد عمه ، فقد جاء فى مغنى المحتاج : « ومن لزمه فطرة نفسه (أى بأن كان ميسورا تجب عليه صدقة الفطر) . لزمه فطرة من تلزمه نفقته بملك أو قرابة أو زوجية » [٤] .

وقد عرفنا فيما تقدم أنه لا يلزمه نفقـة أولاد عمه .

مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة الى أن أبناء العم ، شقيقا أو لأب يصح أن تصرف لهم زكاة مال ابن عمهم حينا ، وفى حين آخر لا يصح ، لأن صرفها عندهم الى القريب يعتمد على الارث والجزئية .

فان كان غير وارث صح ، والا فلا ، فقـد جاء فى الشرح الـكبير لابن قدامة المقـدسى والمغنى : الأقارب غير الوالدين قسمان : من لا يرث منهم يجوز دفع الزكاة اليه ، سواء كان انتفاء الارث لانتفاء سببه لكونه بعيد القرابة ليس من أهل الميـراث بحال ، أو كان لمانع مثل أن يكون محجوبا عن الميراث كالأخ المحجوب بالابن ، والعم المحجوب بالأخ وابنـه فيجوز دفع الزكاة اليه ، لأنه لا قرابة جزئية بينهما ولا ميراث، فأشبها الأجانب .

والثانى من يرث ، كالأخوين اللذين يرث كل واحد منهما أخاه ففيه روايتان: أحدهما

(١) المرجع السابق ص٥٠٦ طبعة دار احياء الكتب العربية .

(٢) جـ٣ ص١١٢ طبعة مصطفى البابى الحلبى .

(٣) جـ٣ ص١٠٧ ، ١٠٨ الطبعة السابقة .

(٤) مغنى المحتاج جـ١ ص٤٠٢ الطبعة السابقة .

يجوز لكل واحد منهما دفع زكاته الى الآخر ، وهى الظاهرة عنه .

فقد سئل : أيعطى الأخ والأخت والخالة من الزكاة ؟

فقال : يعطى كل القرابة الا الأبوين والولد .

والرواية الثانية : لا يجوز دفعها الى الموروث ، وهو ظاهر قول الخرقى لقوله ، ولا لمن تلزمه مؤنته ، وعلى الوارث مؤنة الموروث ، فاذا دفع الزكاة اليه أغناه عن مؤنته ، فيعود نفع زكاته اليه [١] .

وابن العم مع ابن عمه اذا لم يكن لأحدهما ولد ولا والد ولا أخوة ولا أعمام يدخل كل واحد منهما فى الوارث والموروث ، فيكون حكمه كذلك ، فيصح بناء على هذا أن يأخذ ابن العم زكاة ابن عمه فى الحالين : حالة الارث فى الحال على الراجح عندهم ، وحالة عدم الارث فى الحال قولا واحدا .

أما ابن العم لأم فانه يصح صرف الزكاة اليه ولو كان وارثا ويكون أسبق الى من يدلون به ، أو يستوى مع غيره فى الدرجة اليه ، أو ليس من ذوى الأرحام سواه مثلا .

فقد جاء فى الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى : « فأما ذوو الأرحام فى الحال التى يرثون فيها فيجوز دفعها اليهم فى ظاهر المذهب ، لأن قرابتهم ضعيفة ، لا يرث بها مع عصبة ولا ذى فرض غير الزوجين ، فلم تمنع (أى القرابة) دفع الزكاة ، كقرابة سائر المسلمين ، فان ماله يصير اليهم عند عدم الوارث » [٢] .

أما صدقة الفطر فانه لا يجب عليه اخراجها عنهم ، أشقاء أو لأب أو لأم .

فقد جاء فى مختصر الخرقى وشرحه المغنى لابن قدامة : « ويلزمه أن يخرج عن نفسه وعن عياله اذا كان عنده فضل عن قوت يومه وليلته . وعيال الانسان من يعوله : أى يمونه فتلزمه فطرتهم كما تلزمه مؤنتهم اذا وجد ما يؤدى عنهم ، لحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر عن كل صغير وكبير حر وعبد ممن تمونون » [٣] .

وأولاد العم ليسوا ممن يمونهم ابن عمهم ، وذكرنا النص الدال على عدم وجوب نفقتهم عليه . ولكن ان تبرع بالانفاق عليهم أو على بعضهم فى شهر رمضان فانه تلزمه فطرة من أنفق عليه .

فقد جاء فى المحرر : « ومن تبرع بمؤنة شخص شهر الصوم لزمته فطرته ، نص عليه ، وقيل : لا تلزمه » [٤] .

---

(١) جـ٢ ص٧١٢ — ٧١٣ بذيل المغنى لابن قدامة الطبعة الاولى للمنار والمغنى لابن قدامة جـ٢ ص٥١٢ طبعة الشرح الكبير نفسها .

(٢) جـ٢ ص٧١٣ الطبعة السابقة .

(٣) جـ٢ ص٦٧٠ الطبعة الاولى للمنار .

(٤) جـ١ ص٢٢٦ طبعة أنصار السنة المحمدية .

أما صرف صدقة الفطر اليهم فانه يصح ، لأنه يصح أن يصرف اليهم زكاة المال ، وصدقة الفطر تعطى لمن تعطى له زكاة المال

فقد جاء فى مختصر الخرقى وشرحه المغنى لابن قدامة : « ويعطى صدقة الفطر لمن يجوز أن يعطى صدقة المال ، لأن صدقة الفطر زكاة ، فمصرفها مصرف سائر الزكوات »[١] .

مذهب الزيدية :

قد اختلفوا ، فمنهم من أجاز صرف الزكاة الى ابن العم : شقيقا أو لأب ، ومنهم من لم يجز .

فقد جاء فى البحر الزخار : « ولا تجزىء (أى الزكاة) فى أصوله أو فصوله اجماعا ، اذ هم كالبعض منه » .

وقال القاسم والهادى والناصر والمؤيد بالله : ولا تجزىء أيضا فيمن يلزمه نفقته حال الاخراج ، اذ ينتفع بها باسقاط النفقة، وقياسا على الآباء والأبناء .

وقال الامام يحيى : يجوز ، اذ لم يفصل الدليل ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « صدقة وصلة »[٢] .

ويشير بقوله : صدقة وصلة ، الى ما روى سلمان بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الصدقة على المسكين صدقة ، وعلى ذى الرحم ثنتان : صدقة وصلة » .

وقد ذكرنا أنهم يوجبون على ابن العم الموسر الانفاق على ابن عمه : شقيقا أو لأب ، لأنه يرثه ، وبناء على النص السابق يكون بينهم خلاف فى اعطاء ابن العم الصدقة .

أما ابن العم لأم فانه يصح أن تصرف له الزكاة عندهم جميعا ، لأنه لا تجب له النفقة على ابن عمه لأمه ، لأنه من ذوى الأرحام ، وهم لا يوجبون نفقة لذوى الأرحام ، بل تندب فقط ، وأما صدقة الفطر فانها لا تلزمه عن أولاد عمه مطلقا : أشقاء أو لأب أو لأم ، لأنه لا تلزمه نفقتهم .

فقد جاء فى البحر الزخار : « وتجب فى مال كل مسلم عنه ، وعن كل مسلم تلزمه نفقته فى فجر أول شوال ، بالقرابة أو الزوجية أو الرق ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « وعمن تمونون »[٣] .

مذهب الامامية :

ذهبوا الى أنه يجوز لابن العم أن يعطى أولاد عمه من زكاة ماله .

فقد جاء فى المختصر النافع فى شروط من تصرف لهم الزكاة : « ألا يكون ممن تجب نفقته كالأبوين وان علوا والأولاد وان نزلوا والزوجة والمملوك ، ويعطى باقى الأقارب »[٤] .

---

(١) جـ٢ ص٦٩٠ الطبعة السابقة .
(٢) جـ٢ ص١٨٦ الطبعة الاولى سنة ١٩٤٩ م .
(٣) جـ٢ ص١٩٩ الطبعة السابقة .
(٤) ص٨٣ الطبعة الثانية لوزارة الاوقاف .

وكذلك الحكم فى زكاة الفطر فيصح أن يصرفها لابن عمه مطلقا .

فقد جاء فى المختصر النافع مصرفها هو مصرف الزكاة ، ويجوز أن يتـولى المالك اخراجها .

ويخرجها عن نفسه وعياله : من مسـلم وكافر وحر وعبد وصغير وكبير ، ولو عال تبرعا [١] .

وعلى ذلك لو كان يعول أولاد عمه تبرعا وجب عليه اخراج صدقة الفطر عنهم ، لأنه قد تقدم أن النفقة لا تجب الا على الأبوين والأولاد وان نزلوا . وفيمن علا من الآباء تردد ، وأقوى الأمرين اللزوم .

ولا تجب على غيرهم من الأقارب ، بل تستحب ، وتتأكد فى الوارث ، فاذا كان ابن العم يرث أحدا من أولاد عمه لعدم وارث له تلزمه نفقته ، فلا يصـح أن يصرف له الزكاة .

مذهب الاباضية :

ذهب الاباضية الى أن الزكاة لا تعطى لابن العم ، شقيقا أو لأب ، لأنه ممن تجب نفقتهم على ابن عمهم . وكذا لبنت العـم الشقيقة أو لأب .

فقـد جاء فى كتاب النيـل وشرحه : « وبالجملة فالرجل يعطيها لكل من لاتلزمه نفقته فى الحـال من أقاربه وغيرهم ، ومن لزمته نفقته لا يعطيه . وقيل : حتى يحكم بها عليه ، ولا تعطى لمن يمونه غنى, كأب وزوجة وطفل ، فهم لا تعطى لهم اذا كان من يمون الأب غنيا ، وهو ابنه أو بنتـه وكان الذى ينفق على الزوجة غنيا وهـو زوجها ، وكان الذى ينفق على الطفل غنيا وهو الأب أو الجد .. ولا لمن يتقوى بها على معصية » [٢] .

فهذا النص يفيد أنها لا تعطى لابن العم الشقيق أو لأب ، ولا لبنت العم كذلك ، اذا كان لهم حق النفقة على ابن عمهم .

وقد ذكرنا فى عنصر النفقة من مصطلح « ابن العم » أن لأبناء العم الأشقاء أو لأب حق النفقـة على ابن عمهم ، لأنه يرثهـم ، وبناء على ذلك لا يصح أن يعطيهم الزكاة .

أما أبناء العم لأم فانه يصح أن يعطيهم الزكاة ، لأنهم ليسوا من قوم أبيه الا على الرأى القائل بأن النفقة تتبع الارث وان لم يكونوا من قوم أبيه ، فما دام يرثهم تجب لهم عليه النفقة ، فلا يعطيهم الزكاة .

وقد تقـدم النص الدال عـلى ذلك فى عنصر « النفقة » نقلا عن شرح النيل [٣] .

الاقـرار

يكون الاقرار بنسب أو مال ، وسنجعل كلامنا هنا قاصرا على الأول ، أما الثـانى وفى غيره من قضايا الأقرار ككون المقر له

(١) ص٨٥ ، ٨٦ الطبعة السابقة .

(٢) جـ٢ ص١٢٠ ، ١٣١ .

(٣) جـ٧ ص٢١٠ ، ٢١١ .

وارثا ، أو غير وارث ، وكون الاقرار فى الصحة أو المرض .. الى غير ذلك فينظر فيه مصطلح « اقرار » .

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن ابن العم ، شقيقا أو لأب ، لا يصح اقراره بنسب ابن عمه ولا بنت عمه .

فقد جاء فى حاشية الشلبى نقلا عن شيخ الاسلام الاسبيجابى : « ويجوز اقرار الرجل بالولد والوالد والزوجة ، والمولى من فوق ومن تحت اذا صدقه الآخر ، لأن الحكم لا يعدوهما ، فيكون اقرارا على أنفسهما فيقبل ، ولا يجوز الاقرار بغير هؤلاء الأربعة [١] .

ومع عدم ثبوت النسب باقراره يكون للمقر له ما قد تركه المقر من مال اذا لم يوجد للمقر وارث ، لأنه فى حكم الوصية . ولا يلزم فى صرف المال له أن يكون اقرار المقر فى حالة عدم الوارث . ولكن يلزم ألا يكون له وارث عند الموت .

فقد جاء فى جامع الفصولين : « أقر رجل له ابن أن فلانا أخى لا يعتبر اقراره فى حق اثبات النسب . فلو مات ابنه ثم مات المقر فجميع ماله للمقر له ، لرضاه بأن يأخذ هو ماله ، فصار كموص له بجميع المال . وليس شرط صرف المال الى المقر له أن يكون اقراره فى حال عدم الوارث . ولكن فى أى حالة أقر ومات ولم يبق له وارث يكون ذلك للمقر له ، ولو كان المقر له معروف النسب فقال المقر : هو ابن أخى أو ابن عمى ومات ولا وارث له ، فكذا الجواب لما مر من رضاه ، فيصير فى معنى الوصية » [٢] .

وابن العم لأم كابن العم الشقيق ، أو لأب فيما تقدم ، لأنه لما أطلق فى النص السابق لفظ ابن عم كان شاملا له ، ولأنه ليس من الأربعة الذين يجوز الاقرار بنسبهم .

مذهب المالكية :

ذهب المالكية الى أن اقرار ابن العم ، شقيقا أو لأب ، بنسب ولد لعمه ، لايصح ، لأن هذا الاقرار انما يكون من الوالد - المولد ، ولا يكون من غيره حتى الولد للوالد ، وابن العم لأم مثله مثل ابن العم الشقيق أو لأب فى عدم ثبوت النسب باقراره ، لأنه لما نص على أن الاقرار بالنسب لا يكون من غير الوالد ، فقد شمل ابن العم لأم [٣] .

مذهب الشافعية :

جاء فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج ما حاصله : « اما اذا ألحق النسب بغيره : كهذا أخى أو عمى فيثبت نسبه من الملحق به اذا كان رجلا ، أما اذا كان امرأة فلا يثبت النسب ، لأن استلحاق المرأة لا يقبل على

---

(١) على هامش الزيلعى جـ٥ ص٢٧ الطبعة الاميرية.

(٢) جـ١ ص١٥٨ الطبعة الاولى بالمطبعة الازهرية .

(٣) الشرح الكبير جـ٣ ص٤١٢ ، ٤١٥ .

الأصح ، فيكون بالأولى استلحاق وارثها وان كان رجلا ، لأنه خليفتها ، وانما يثبت النسب اذا كان الملحق به رجلا ، لأن الورثة يخلفون مورثهم فى الحقوق والنسب من جملتها . ولا فرق بين أن يتعدى النسب من الملحق به الى نفسه بواسطة واحدة كالأب فى قوله : هذا أخى ، أو اثنتين كالجد والأب فى قوله : هذا عمى ، وقد يكون ثلاثة كقوله : هذا ابن عمى .

ويشترط أن يصدق الملحق ان كان بالغا عاقلا ، وأن يكون مجهول النسب ، كما يشترط أن يكون الملحق به ميتا ، ويشترط ألا يكون الميت قد نفاه ، وذلك على رأى قد صححه ابن الصلاح واختاره الأذرعى .

والرأى الثانى : لا يشترط ، وقد اختاره النووى ، وقال : هو الأصح .

ويشترط أيضا كون المقر وارثا حائزا لتركة الملحق به : واحدا كان أو أكثر . وان كان أكثر من واحد فلابد من اتفاقهم جميعا [1] .

وابن العم لأم — على القول بارثه عندهم اذا فسد بيت المال — يكون فى حكم ابن العم الشقيق أو لأب ، متى كان وارثا ، كما هما اذا كانا وارثين .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى لابن قدامة ما حاصله : « ان كان الاقرار بالنسب اقرارا عليه وعلى غيره كاقرار بأخ اعتبر أن يكون المقر به مجهول النسب ، وألا ينازعه منازع ، وأن يمكن صدقه . بأن يولد مثله لمثل من حمل نسبه ، وأن يكون المقر به ممن لا قول له كالصغير والمجنون ، أو يصدق المقر ان كان ذا قول ، وأن يكون المقر جميع الورثة .

فلو كان بعض الورثة لا يثبت النسب الا اذا أقر باقى الورثة ، ما لم يكن باقى الورثة ممنوعين من الميراث بمانع . كأن يكون مخالفا لمورثه فى الدين أو قاتلا أو رقيقا ، فانه فى هذه الحال يثبت النسب بقوله وحده ، لأنه حائز لكل الميراث .

كما انه لا يلزم أن يكون حائزا كل المال وقت الاقرار ، بل اذا أقر ومعه من يرث ولكنه مات بعد الاقرار وهو وحده الذى يرثه فانه يثبت النسب ، لأن الاقرار يعتبر صادرا من الحائز لجميع المال ، واذا أقر بمن يحجبه كأن يقر بابن لابن عمه الذى مات ، وهو الوارث الوحيد له ، فانه يثبت نسب المقر به ويرث ، ويسقط المقر .. وهذا اختيار ابن حامد والقاضى ، لأنه ابن ثابت النسب ، ولم يوجد فى حقه أحد موانع الارث ، فيدخل فى عموم قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » [2] ، أى فيرث ، كما لو ثبت نسبه ببينة [3] .

وابن العم لأم كابن العم الشقيق أو لأب اذا كان يرث ، بألا يوجد من يمنع ذوى الأرحام كأصحاب الفروض ، غير أحد

---

(١) جـ٢ ص٢٦١ ، ٢٦٢ طبعة مصطفى الحلبى .

(٢) سورة النساء : ١١ .

(٣) المغنى لابن قدامة جـ٥ ص٣٢٧ ، ٣٣٠ الطبعة الاولى للمنار .

الزوجين ، أو عصبة ، وذلك لأن النصوص التى ذكرناها سابقا جاءت مطلقة فتشمله .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن اقرار ابن العم ، شقيقا أو لأب ، بولد لعمه أو لابن عمه لا يصح ، لأن مذهبهم عدم الواسطة .

فقد جاء فى البحر الزخار : « لو أقر أحد الأخوين بأخ وأنكره آخر لا يثبت نسبه اجماعا ، اذ النسب لا يتبعض ، والمذهب والمؤيد بالله قالا : وكذا لو صادق الآخر ، لأجل الواسطة .

وعند المؤيد بالله ان كانوا عدولا ثبت النسب كالبينة .

« وعند العترة يشارك المقر فى الارث لا فى النسب ، اذ أقر بأمرين : أى النسب والارث ، بطل أحدهما لدليل فبقى الآخر وعند الامام يحيى بطل النسب فبطل الارث كما لو كان مشهور النسب لغيره » [1] .

وكذا ابن العم لأم اذا أقر بولد لعمه لأمه أو لابن عمه لأمه ، لأن النصوص الدالة على الحكم جاءت مطلقة فتشمل ابن العم لأم ، وابن العم الشقيق أو الذى لأب ، ويثبت نسب ابن العم المقر له من أبيه اذا أقر عدلان من الورثة .

فقد جاء فى البحر الزخار : « المذهب والامام يحيى : ان أقر عدلان من الورثة ثبت النسب لكمال الشهادة » [2] .

---

(١) جـ٥ ص١٢ ، ١٣ .

(٢) جـ٥ ص١٢ ، ١٣ .

مذهب الامامية :

ذهب الامامية الى أنه اذا أقر ابن العم لشخص بأنه ابن عمه يصح هذا الاقرار اذا صدقه المقر له ان كان كبيرا ، أما ان كان صغيرا فلا يلزمه تصديقه ولكن يشترط عدم المنازع وجهالة نسبه .

واشترطوا لصحة هذا الاقرار ألا يكون للمقر ورثة مشهورون .

فقد جاء فى المختصر النافع ، بعد أن بين اقرار الأب بالولد الصغير ، وانه لابد فى الكبير المقر ببنوته من تصديقه :

« وكذا فى غيره من الأنساب ، واذا تصادقا توارثا فيما بينهما ، ولا يتعدى المتصادقين ، ولو كان للمقر ورثة مشهورون لم يقبل اقراره بالنسب ولو تصادقا ، فاذا أقر الوارث بآخر وكان أولى منه دفع اليه ما فى يده ، وان كان مشاركا دفع اليه نسبة نصيبه من الأصل ، ولو أقر اثنان عدلان من الورثة صح النسب وقاسم الوارث ، ولو لم يكونا مرضيين لم يثبت النسب ، ودفعا اليه مما فى أيديهما بنسبة نصيبه من التركة » [3] .

مذهب الاباضية :

يرون أن ابن العم اذا أقر — وهو وارث — بوارث لابن عمه لم يصح نسبه اذا لم يصدقه باقى الورثة ، لكن يلزم هذا المقر باقراره .

---

(٣) المختصر النافع ص٢٤٤ .

فقد جاء فى النيــل وشرحه : « اذا أقر بعض الورثة بوارث لم يصح نسبه اذا لم يصدقه الوارث الآخر ، لكن لزم المقر أن يعطى من أقر به ما ينوبه فى حصته ويمسك البـاقى .. وان كان المقر يحجب بالمقر به أعطــاه ســهمه ولم يرث ، وكذا كل من صدقه ، فان التصديق اقرار » [1] .

وقد ذكر قولا آخر فى المذهب فقــال : « وقال غيرهم (غير الأكثر) لا يعطيه من حظه شيئا ، ولا يثبت النســب . وهــذا مقابل قول الأكثر ، لما لم يثبت النسب لم يثبت الارث ، لأنه فرع النسب » [2] .

وابن العم لأم يكون حكمه كذلك اذا كان وارثا بألا يكون لمن نسب اليه المقر به ورثة فرضــيون أو عصــبة . وورث ذوو الأرحام وكان ابن العم لأم وارثا .

القــذف

الذى يتصور فى هذا بالنظر الى ابن العم أن يحصل منه قذف لابن عمه أو بنت عمه ، أو أن يكون له الحق فى المطالبــة باقامة الحد على من قذف ابن عمه أو بنت عمه . وسنتكلم عنهما .

أما الشروط التى تشترط فى القــاذف والمقذوف ، وما يعتبر من العبــارات قذفا وما لا يعتبر ، وغير ذلك مما يلزم توافــره لوجوب الحد فينظر فيه مصطلح « قذف »

مذهب الحنفية :

لم نر خلافا بين أئمة الحنفية ، ولا بينهم وبين غيرهم من الفقهاء أن ابن العم اذا قذف ابن عمه أو بنت عمه يجب حــده متى ثبت القذف ، لأنه ليس ممن استثنوا عند بعض الفقهاء كالآباء .

أما من حيث حقه فى المطالبة باقامة الحد على من قذف ابن عمه أو بنت عمه ، فعند الحنفية : ليس له الحق فى ذلك ، سواء أكان القذف حال حياة ابن عمه أو بنت عمه أو موتهما .

فقد جاء فى الفتاوى الأنقروية نقلا عن البدائع خاصا بالحى : « المقذوف ان كان حيا : حاضرا أو غائبا ، لا خصومة لأحــد سواه ، وان كان ولده أو والده » [3] .

أما ان كان المقذوف ميتا ، فقد جاء فى الهداية وفتح القدير والعنــاية ما حاصله : « ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه ، وهو الوالد وان علا والولد وان سفل ، ذكرا كان أو أنثى ، لأن العار يلتحق بكل واحد منهم ، فيكون القــذف متناولا له معنى ، وعنــدنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث ، بل لما ذكرنا من لحوق العار » [4] .

مذهب المالكية :

ذهب المالكية الى خلاف ما ذهب اليــه الحنفية ، فقد جعلوه حقا لكل وارث ولو

---

(١) جـ٨ ص٤٩٧ .
(٢) المرجع السابق ص٥٠١ .
(٣) جـ١ ص١٥٤ الطبعة الاميرية .
(٤) جـ٤ ص١٩٥ المطبعة الاميرية .

بالقوة ، فيكون لابن العم شقيقا أو لأب الحق فى استيفاء حد القذف . أما ابن العم لأم فانه لا حق له فيه الا على الرأى الذى يقول بأنه يرث اذا فسد بيت المال ، وهو رأى المتـأخرين منهم ، والمراد بالميراث بالقوة أن يرث الشخص اذا لم يوجد من هو حاجب له عن الميراث ، فهو عند وجود هذا الحاجب وارث بالقوة .

فقد جاء بخصوص أن لكل وارث الحق فى اقامة حد القذف ، فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ما حاصله : « وللمقذوف القيام بحد قاذفه وان علم أن ما رماه به القاذف صدر من نفسه ، لأنه مأمور بالستر على نفسه .

فقد قال فيها (أى فى المدونة) : حلال له أن يحده لأنه أفسد عرضه ، كوارثه : لهالقيام باستيفاء حد القذف لمورثه المقذوف قبل موته ، بل وان قذف بعد موته ، وهذا الوارث ولد وولده وان سفل ، وأب وأبوه وان علا ، ثم أخ فابنه ، ثم عم فابنه .. وهكذا باقى الورثة من العصبة والأخوات والجدات ، الا الزوجين فان المذهب أن لا حق لهما فى ذلك .

ولكل وارث من الورثة القيام بحق الموروث وان وجد من هو أقرب منه كابن الابن مع وجود الابن ، لأن المعرة تلحق الجميع ، ولا سيما اذا كان المقذوف أنثى، خلافا لأشهب الذى يقول : يقدم الأقرب فالأقرب فى القيام بحق المورث المقذوف كالقيام بالدم (أى استيفاء حد القصاص) [1] .

(١) جـ٤ ص٣٣١ الطبعة السابقة .

أما بخصوص أن المراد بالوارث فى استيفاء حد القذف هو الوارث ولو بالقوة. بأن وجد من يحجبه ، فقد صرح به الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير اذ يقول — فى بيان عبارة الشرح الكبير : وللمقذوف القيام بحد قاذفه كوارثه — ما نصه : « المراد بقوله كوارثه : الوارث بالقوة لا بالفعل كابن الابن مع وجود الابن . وحينئذ فيشمل ما لو كان الوارث قاتلا أو عبدا أو كافرا ، فله القيام بحد من قذف مورثه الحر المسلم : سواء كان ذلك المورث أصلا لذلك الوارث ، أو فرعا له ، أو غيرهما » [2] .

هذا من حيث استيفاء حد القذف .

أما من حيث العفو ، فان لابن العم مطلقا كما لسائر الورثة أن يعفو الا اذا كان الميت قد أوصاه بالحد ، فليس له فى هذه الحال أن يعفو .

فقد جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير نقلا عن البنانى عن ابنعرفة اللخمى: « اذا مات المقذوف وقد عفا فلا قيام لوارثه (أى بحد القذف) وان أوصى بالقيام لم يكن لوارثه عفو . فان لم يعف ولم يوص (أى باستيفاء الحد) فالحق لوارثه : ان شاء قام (أى باستيفاء الحد) وان شاء عفا » [3] .

مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية الى أن ابن العم الوارث : مطلقا .. يحق له استيفاء حد القذف ولو عفا

(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق .

بعض الورثة أو سائرهم سواه على الأصح، فقد جاء فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج فى باب اللعان ما حاصله : « وحد القذف والتعزير فيه (يورثان) كسائر حقوق الآدميين . والأصح أن حد القذف اذا مات المقذوف قبل استيفائه يرثه جميعه كل فرد من الورثة الخاصين (أى دون الوارث العام وهو الامام) حتى الزوجين على سبيل البدل .

وليس المراد أن كل واحد له حد ، والا تعدد بتعدد الورثة .

وقيل يرثه جميعهم الا الزوجين، لارتفاع النكاح بالموت ، والأصح أنه لو عفا بعض الورثة عن حقه فللباقين استيفاء جميعه ، لأنه لكل فرد منهم ، ولأنه عار والعار يلزم الواحد كما يلزم الجميع .

وقيل : يسقط جميعه كما فى القود .

وقيل : يسقط نصيب العافى ويستوفى الباقى ، لأنه قابل للاسقاط ، بخلاف القود » [1] .

واذا كان ابن العم هو القاذف وكان هو الوارث سقط الحد .

فقد جاء فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج : « ويسقط الحد فى القذف اما بعفو عن جميعه كغيره (من الحدود) أو بأن يرث القاذف الحد » [2] .

(١) جـ٣ ص٣٧٢ مطبعة مصطفى الحلبى .
(٢) المرجع السابق .

مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة الى أن ابن العم الشقيق أو لأب يرث حد القذف عن مورثه اذا مات بعد أن طالب به ، وليس لهما حق المطالبة به فى حياته أو بعد مماته اذا لم يطالب به ، وقد بين هذا صاحب المغنى اذ يقول : « واذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحد سقط ، ولم يكن لورثته الطلب به » ..

ثم قال : « انه حد تعتبر فيه المطالبة ، فاذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب كحد القطع فى السرقة ، فأما ان طالب به ثم مات فانه ترثه العصبات من النسب دون غيرهم ، لأنه حق يثبت لدفع العار ، فاختص به العصبات كالنكاح » [3] .

وقوله أنه يكون للعصبات النسبية دون غيرهم رأى من آراء ، فانه قد جاء فى المحرر : « ويثبت قذف الميت والقذف الموروث لجميع الورثة حتى الزوجين ، نص عليه ، وقال القاضى فى موضع يختص به من سواهما من الورثة . وقيل يختص العصبة » [4] .

أما اذا قذف وهو ميت فقد بينه صاحب المحرر بقوله : « وان قذف له موروث ميت فله حد القاذف بشرط احصانه (أى احصان الوارث ، لأن القذف فى الحقيقة موجه اليه) وان لم يكن الموروث محصنا » .

(٣) جـ٩ ص٢٤ ، ٢٥ الطبعة الاولى للمنار سنة ١٣٤٨ هـ .
(٤) جـ٢ ص٩٦ طبعة مطبعة السنة المحمدية .

وقال أبو بكر : « لا حد بقذف ميت ، والأول هو الأصح » [١] .

ولا يسقط بعفو بعض أصحاب الحق ، فقد قال ابن قدامة فى المغنى : « ومتى ثبت للعصبات فلهم استيفاؤه ، وان طلب أحدهم وحده فله استيفاؤه ، وان عفا بعضهم لم يسقط ، وكان للباقين استيفاؤه » [٢] .

أما ابن العم لأم فلا حق له فيما تقدم ، لأنه ليس من العصبات ، أو له الحق على رأى من يقول : انه لكل وارث ، اذا لم يكن له عصبة .

مذهب الظاهرية :

ذهب ابن حزم الظاهرى الى أن حد القذف حق لله تعالى لا يتوقف استيفاؤه على طلب المقذوف ولا يصح العفو عنه لأنه لا حق له فيه .

فقد جاء فى المحلى أثناء الكلام على حد القذف : « ان عائشة أم المؤمنين قالت : لما نزل عذرى قام النبى صلى الله عليه وسلم على المنبر فأمر بالمرأة والرجلين أن يضربوا حدهم . فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم أقام حد القذف ولم يشاور عائشة أمنا رضى الله عنها أن تعفو أم لا » .

ثم قال : « فصح أن الحد من حقوق الله تعالى ولا مدخل للمقذوف فيه أصلا ، ولا عفو له » [٣] .

مذهب الزيدية :

نقل صاحب البحر الزخار عن العترة أنه: اذا كان المقذوف حيا فهو الذى يطلب حق نفسه ولا يورث ذلك عنه لأنه ليس بمال ولا يؤول الى مال كخيار القبول فى البيع والنكاح ، واذا كان المقذوف ميتا طالب بالحد ولى نكاحه تقديرا ، على تقدير أنه موجود وأراد أن يزوجه [٤] .

فابن العم الشقيق أو لأب له هذا الحق اذا ثبتت له ولاية النكاح [٥] .

أما ابن العم لأم فليس له هذا الحق ، لأنه لا ولاية له فى نكاح ولد عمه لأمه [٦] .

مذهب الامامية :

ذهب الامامية الى أن ابن العم شقيقا أو لأب يرث حد القذف لولد عمه : ذكرا أو أنثى مادام وارثا .

فقد جاء فى شرائع الاسلام : « حد القذف موروث ، يرثه من يرث المال من الذكور والاناث عدا الزوج والزوجة » [٧] .

واذا كان مع ابن العم المذكور ورثة آخرون غيره لا يسقط الحق فى حد القذف ما لم يعف كل الورثة الذين لهم حق ميراثه .

فقد جاء فى شرائع الاسلام : « اذا ورث الحد (أى حد القذف) جماعة لم يسقط

(١) المرجع السابق .
(٢) جـ٩ ص٢٥ الطبعة السابقة .
(٣) جـ١١ ص٢٨٩ ، ٢٩٠ الطبعة السابقة

(٤) جـ٥ ص١٦٦ الطبعة السابقة .
(٥) جـ٣ ص٤٦ ، ٤٧ .
(٦) المرجع السابق .
(٧) جـ٢ ص٢٥٠ نشر دار مكتبة الحياة ببيروت .

بعضه بعفو البعض ، وللباقين المطالبة بالحد تاما ولو بقى واحد » [١] .

الجنـايات

اذا جنى ابن العم على ولد عمه جناية ما كقتل أو شجة أو غير ذلك من الجنايات يؤاخذ به كغيره من الناس ، ولم نر خلافا بين الفقهاء فى هذا (راجع : جناية) .

وانما الخلاف فى حقه فى المطالبـة بمـا تستوجبه هذه الجناية شرعا ، وفى أن له حق العفو أم لا ، وفى أنه لا يقتص منـه لعارض استدعى ذلك .

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن ابن العم : مطلقا ، اذا كان وارثا لابن عمه المقتول اسـتحق استيفاء القصاص هو والورثة الآخرون ، وهذا متفق عليه بين أئمة الأحناف ، ولا خلاف بينهم الا من حيث كون هذا الحق ثبت للورثة ابتداء ، أو ثبت وراثة ، والمآل فى استحقاق الاستيفاء واحد .

فقد قال صاحب الفتاوى الأنقروية نقلا عن الحدادى شارح القدورى : « ويورث دم المقتول كسائر أمواله ، ويستحقـه من يرث ماله ، ويحرم منه من يحرم ارث ماله ، ويدخل فيه الزوجان » [٢] .

وقد جرى فى كونه ارثا هنا على رأى أبى يوسف ومحمد ، أما أبو حنيفة فانه يرى أنه يثبت هذا الحق للورثة ابتداء .

فقد قال فى الفتاوى الأنقروية ، نقلا عن الخلاصة : « القصاص حق الورثة ابتداء ، وعنـدهما حـق الميت ثـم ينتقـل الى الورثة » [٣] .

ويصـح لابن العم ، شقيقا أو لأب أو لأم ، ان كان وارثا ، أن يعفو عن القاتل من غير بدل أو يصالح على بدل فى نصيبه وحينئذ يسقط حق باقى الورثة فى استيفاء القصاص .

فقد جاء فى الهداية : « واذا عفا أحـد الشركاء عن الدم ، أو صالح من نصيبه على عوض سـقط حق الباقين فى القصـاص ، وكان لهم نصيبهم من الدية » .

ثم قال : « ومن ضرورة سـقوط حق البعض فى القصاص سـقوط حق البـاقين فيه ، لأنه لا يتجزأ » [٤] .

وحينئذ ينقلب حق الباقين مالا .

مذهب المالكية :

وذهب المالكية الى أن ابن العم الشقيق أو لأب ، باعتباره أحد العصبة الذكور ، يكون له حق استيفاء القصاص ابتداء .

---

(١) المرجع السابق ص٢٥١ .
(٢) جـ١ ص١٧٣ الطبعة الاميرية .
(٣) جـ١ ص١٧٣ الطبعة الاميرية .
(٤) نتائج الافكار جـ٨ ص٢٧٥ ، ٢٧٧ الطبعـة الاميرية .

فقد جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه : « والاستيفاء ، أى استيفاء القصاص فى النفس من الجانى لعاصب المقتول لا لغيره من الذكور ، ويكون عاصبا بنفسه فلا دخل فيه لزوج الا أن يكون ابن عم لزوجته المقتولة ، ولا لأخ لأم ، أو جد لأم ، وقدم ابن فابنه كالولاء . يقدم الأقرب فالأقرب من العصبة فى ارثه ، الا الجد والاخوة فسيان هنا فى القتل والعفو » [١] .

هذا ما يتعلق بحق ابن العم فى استيفاء القصاص ابتداء ، أما استحقاقه ارثا فانه يكون اذا كان وارثا لأحد المستحقين [٢] للاستيفاء ابتداء .

أما ابن العم لأم فلا يرث القصاص ، على ما يفهم من النصوص السابقة ، الا فى حالة ارث القصاص ولم يكن لمستحق الاستيفاء الذى مات وارث قبله كأن يكون أبا لزوجة ابن‌عمه لأمه المقتول ، فترك ابنا ورث حق الاستيفاء ، ثم مات الابن قبل الاستيفاء ، فورثته أمه حيث لا وارث له غيرها . ثم ماتت أيضا قبل الاستيفاء ، فورثه أبوها ، الذى‌هو ابن العم لأم .

مذهب الشافعية :

قد ذهبوا الى أن ابن العم شقيقا أو لأب يكون له الحق فى استيفاء القصاص فى النفس ابتداء ان كان وارثا ، وفى رأى أن هذا الحق ثبت ارثا ، لأنه كان حقا للمقتول .

فقد جاء فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج : « الصحيح المنصوص ثبوت القصاص فى النفس ابتداء لا تلقيا من المقتول ، لكل وارث خاص من ذوى الفروض والعصبة : أى يرثه جميع الورثة لا كل فرد فرد من أفراد الورثة ، والا لجاز انفراد الواحد منهم بالقصاص .

ويقسم القصاص بين الورثة على حسب ارثهم ، لأنه حق يورث ، فكان كالمال .

والقول الثانى : يثبت للعصبة الذكور خاصة ، لأن القصاص لرفع العار ، فاختص بهم كولاية النكاح .

والثالث : يستحقه الوارثون بالنسب دون السبب، لانقطاع السبب بالموت» [٣] .

ومقتضى هذا النص ألا يستوفى قصاص النفس الا باتفاقهم جميعا ، وأما قصاص الأطراف اذا مات من يستحقه فقد بينه صاحب مغنى المحتاج فقال : « أما قصاص الطرف اذا مات مستحقه فانه يثبت لجميع الورثة قطعا » [٤] .

واذا عفا ابن العم وكان معه ورثة آخرون صح العفو وسقط القصاص وان لم يعف غيره .

(١) جـ٤ ص٢٥٦ الطبعة السابقة .

(٢) جـ٤ ص٢٦٢ الطبعة السابقة .

(٣) جـ٤ ص٣٩ ، ٤٠ طبعة مصطفى الحلبى واولاده بمصر .

(٤) المرجع السابق ص٤٠ .

فقد جاء فى المنهاج وشرحه مغنى المحتاج: « للولى عفو عن القود على الدية بغير رضا الجانى ، ولو عفا بعض المستحقين سقط أيضا وان لم يرض البعض الآخر ، لأن القصاص لا يتجزأ ويغلب فيه جانب السقوط لحقن الدماء ، ولأن الشارع رغب فيه . قال تعالى : « فمن عفا وأصلح فأجره على الله » [١] .

أما ابن العم لأم عند عدم الوارث فرضا أو تعصيبا ، فانه لا يرث القصاص الا على رأى المتأخرين الذين قالوا بتوريث ذوى الأرحام اذا فسد بيت المال .

وقد بين ذلك صاحب مغنى المحتاج فقال : « وقياس توريث ذوى الأرحام فى غير القصاص أن يقال به : أى بالتوريث فى القصاص أيضا » [٢] .

مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة الى أن القصاص حق لأولياء القتيل ، وهم كل من ورث المال ، وابن العم شقيقا أو لأب منهم ان كان وارثا . وكل من ورث المال يرث القود على قدر ارثه من المال ، ولا يستوفى القصاص الا باتفاقهم على استيفائه . فاذا عفا بعضهم سقط القصاص .

فقد قال صاحب المحرر : « كل من ورث المال ورث القود على قدر ارثه من المال » .

وقال فى شروط استيفاء القصاص : « يشترط اتفاق الأولياء المشتركين فيه على استيفائه ، وليس لبعضهم أن ينفرد به » [٣] .

والمراد بالوارث فى عبارة المحرر هو الوارث بالفعل .

فقد جاء فى المغنى لابن قدامة ما يدل على هذا [٤] .

أما ابن العم لأم فانه يرث القود كذلك اذا كان وارثا بالفعل .

مذهب الظاهرية :

ذهب ابن حزم الظاهرى الى أن ابن العم شقيقا أو لأب ، له الخيار فى القصاص أو الدية اذا شاء ذلك ، رضى القاتل أو أبى ، لأنه أحد الأولياء الذين لهم هذا الحق [٥] .

وهذا الحق لا يورث ، فلو استحقه عم ومات وترك ابنا له ، لا يكون له حق الخيار فليس كالمال .

فقد جاء فى المحلى : « ومن مات من الأهل لم يورث عنه الخيار ، لأن الخيار للأهل بنص حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن لم يكن من الأهل فلا خيار له أصلا ، اذ لم يوجب ذلك نص ولا اجماع . والخيار ليس مالا فيورث » [٦] .

ولا يلزم أن يكون ولى الدم وارثا [٧] .

---

(١) جـ٤ ص٤٨ ، ٤٩ الطبعة السابقة .
(٢) جـ٤ ص٤٠ الطبعة السابقة .

(٣) جـ٢ ص١٣١ .
(٤) جـ٩ ص٣٦٤ الطبعة السابقة .
(٥) المحلى جـ١٠ ص٣٦٠ ادارة الطباعة المنيرية .
(٦) المرجع السابق ص٤٨٤ الطبعة السابقة .
(٧) المرجع السابق ص٤٨١ .

واذا أسقط أحد المستحقين حقه فى القصاص دون غيره لم يسقط القصاص ، بل يجب [١] .

وابن العم لأم ليس كابن العم الشقيق أو لأب ، لأن المقتول لا ينتمى اليه ، فلا يحق له طلب القصاص .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن ابن العم ، شقيقا أو لأب ، يكون له حق استيفاء القصاص ان كان وارثا .

فقد جاء فى البحر الزخار : « ويورث القصاص اجماعا ، وقال العترة : يستحقه الوارث بنسب أو سبب » [٢] .

واذا أسقط ابن العم حقه فى القصاص بعفو سقط حق باقى الورثة فى القصاص .

فقد جاء فى البحر الزخار : « ويسقط القود بعفو أحد الشركاء » .

أما اذا كان ابن العم ، شقيقا أو لأب ، هو القاتل فان القود لا يسقط الا بعفو بعض من يستحقه ، وكذلك يسقط اذا ورث ابن العم هذا ، بعض القود : بأن كان للقتيل ابن وبنت ثم مات الابن قبل استيفاء القصاص ، فان ابن العم القاتل يرث بعض القود .

فقد جاء فى التاج المذهب : « بسقط القصاص بارث القاتل بعض القصاص من مستحقه [٣] .

أما ابن العم لأم فحكمه كحكم ابنى العم ، الشقيق ولأب ، لأنه من قرابة النسب .

مذهب الامامية :

ذهب الامامية الى أن ابن العم الوارث يثبت له حق القصاص ، ويكون له العفو عن القصاص والدية ، أو استبدال الفداء بالقصاص . وذلك اذا كان هو الوارث وحده .

أما اذا كان معه وارث آخر غير الزوج والزوجة فلا يسقط القصاص بصلحه وحده .

فقد جاء فى المختصر النافع : « قتل العمد يوجب القصاص ولا تثبت الدية فيه الا صلحا ، ولا تخيير للولى (أى فى أحد الأمرين : القصاص أو الدية) ، ولو اختار بعض الأولياء الدية فدفعها القاتل لم يسقط القود على الأشبه ، وللآخرين القصاص بعد أن يردوا على المقتص منه نصيب من فاداه . وان عفا البعض (أى عفوا كاملا دون دية أو مفاداة اصطلح عليها) لم يقتص الباقون حتى يردوا على المقتص منه نصيب من عفا » [٤] .

---

(١) المرجع السابق ص٤٨١ ، ٤٨٢ .
(٢) جـ٥ ص٢٣٥ الطبعة السابقة .
(٣) جـ٤ ص٢٨٣ طبعة دار احياء الكتب العربية
(٤) ص٣١٣ ، ٣١٤ الطبعة السابقة .

وابن العم ، شقيقا أو لأب ، يرث القصاص كما يرث المال [1] .

أما ابن العم لأم فانه يرث القصاص اذا كان يرث بأن لم يكن للميت من هو أولى منه بالميراث من ذوى الأرحام بناء على أحد رأيين عندهم اعتبارا بارث المال :

وأما على الرأى الثانى ، وهو الأظهر عندهم ، فانه لا يرث القصاص ، لأن مقتضاه ألا يرث القصاص الا العصبة .

مذهب الاباضية :

اذا قتل ابن العم أو بنت العم ، شقيقين أو لأب فان ابن عمهما الشقيق أو لأب يكون له حق ارث القصاص .

فقد جاء فى كتاب النيل وشرحه : « وتورث الجناية لعاصب فقط » [2] .

وكما يرث ابن العم ، شقيقا أو لأب ، دم المقتول باعتباره وليا له فانه يرثه أيضا عمن مات من أولياء المقتول قبل استيفائه ان كان وارثا لهذا الميت فى الأصح [3]

الديات

لا يختص ابن العم بحكم فى الدية باعتباره ابن عم ، وانما يدور الحكم فى ذلك على كونه قاتلا فيتحمل الدية اذا وجبت على القاتل وهو فى هذا كأى قاتل ، وكونه وارثا فيستحق فيها كغيره ممن يرث .

(١) شرائع الاسلام جـ٢ ص٢٨١ نشر مكتبة الحياة ببيروت .
(٢) جـ٧ ص٦٢١ .
(٣) شرح النيل جـ٨ ص١٦٨ .

وللمذاهب فى ذلك تفصيلات ليس هنا موضع بيانها ، راجع فى ذلك مصطلح : « دية » .

العتق

الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية :

ذهبوا الى أن من ملك ابن عمه أو ابنة عمه سواء أكانا شقيقين أم لأب أم لأم ، بسبب من أسباب الملك فانه لا يعتق عليه بمقتضى هذا الملك . وذلك لأنه ليس ذا رحم محرم نسبا كما يقول الحنفية والعترة من الزيدية ، وابن حزم الظاهرى ، أو لأنه ليس من عمود النسب ولا الحواشى القريبة وهم الاخوة والأخوات كما يقول المالكية ، أو لأنه ليس ذا رحم محرم على رواية عند الحنابلة ، أو ليس من عمود النسب على رواية أخرى ، أو لأنه ليس من عمود النسب كما يقول الشافعية [4] .

مذهب الامامية :

أما الامامية فقد جاء فى المختصر النافع : « ولا يملك الرجل ولا المرأة أحد الأبوين وان علوا ، ولا الأولاد وان سفلوا ، وكذا لا يملك الرجل خاصة ذوات الرحم من النساء المحرمات ، وينعتق هؤلاء بالملك . ويملك غيرهم من الرجال والنساء على

(٤) شرح الميدانى على القدورى جـ٢ ص١٢٨ طبعة الاستانة ، الشرح الكبير جـ٤ ص٣٦٦ الطبعة السابقة ، المنهاج ومغنى المحتاج جـ٤ ص٤٩٩ ، ٥٠٠ الطبعة السابقة ، المحرر جـ٢ ص٤ الطبعة السابقة ، البحر الزخار جـ٤ ص١٩٣ ، ١٩٤ الطبعة السابقة ، المحلى جـ٩ ص٢٠٠ الطبعة السابقة .

كراهية ، وهل يعتق عليه بالرضاع من ينعتق بالنسب ، فيه روايتان أشـهرهما أنه ينعتق وثبت الملك [١] .

تغسيل ابن العم لبنت عمه

ابن العم حكمه حكم الرجال فى عـدم جواز تغسيلهم النساء بعد الوفاة الا اذا كان زوجا على تفصـيل فى المذاهب فى حـكم تغسـيل الزوج لزوجتـه (انظر التغسيل فى مصطلح تغسيل الميت) .

صلاة ابن العم على ولد عمه

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن ابن العم ، شقيقا أو لأب ، يكون أحق بالامامة فى الصـلاة على ولد عمه ذكرا كان أو أنثى اذا لم يوجد من هو أولى منه .

وترتيب ابن العم ، شـقيقا أو لأب ، يجىء بعد درجة البنوة والأبوة والأعمام [٢]

أما ابن العم لأم فلا حق له فى هـذه الامامة ، لأنه من ذوى الأرحام ، ولا حـق لهم .

مذهب المالكية :

ذهب المالكية الى أن ابن العم ، شقيقا أو لأب ، يكون أحق بالامامة فى الصلاة اذا كان أقرب العصبة الى الميت بعد الخليفـة والوصى ، ولا مدخل للزوجية هنا ، ويقدم على الجميع حتى الوالى اذا أوصت بنت عمـه بأن يصـلى عليهـا ورجى خـيره لصلاحه [٣] .

أما ابن العـم لأم فلا حق له فى ذلك ، لأنه ليس من العصبة .

مذهب الشافعية :

يرى الشافعية أن ابن العم ، شقيقا أو لأب ، يكون أحق بالامامة فى الصلاة على بنت عمه اذا كان أقرب العصبة الموجودين ولا مدخل للزوجية هنـا حتى ولو أوصت الميتة بأن يصلى عليها [٤] .

أما ابن العم لأم فانه يكون أحق اذا لم يوجد عصبة وكان أقـرب ذوى الأرحام الموجودين [٥] .

مذهب الحنابلة :

ابن العم بالنسبة لامامة الصلاة على ابن عمه أو بنت عمه على ترتيبه فى العصبات الا اذا كان الميت أوصى اليه خاصة فيقدم على الأولياء ما لم يكن فاسقا أو مبتدعا [٦] .

ونظرا الى أن ابن العم الشقيق فى درجة ابن العم لأب فقد ورد فيهمـا رأيان اذا اجتمعا .

---

(١) ص٢٣٧ الطبعة السابقة .

(٢) الميدانى شرح القدورى جـ١ ص١٣٦ الطبعـة السابقة .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى جـ١ ص٤٢٨ الطبعة السابقة .

(٤) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج جـ١ ص٣٤٧ الطبعة السابقة .

(٥) مغنى المحتاج جـ١ ص٣٤٧ الطبعة السابقة .

(٦) المغنى جـ٢ ص٣٦٦ ، ٣٦٨ الطبعـة السابقة .

فقد جاء فى المغنى لابن قدامة : « فان اجتمع أخ من الأبوين وأخ من الأب ففى تقديم الذى من الأبوين أو التسوية بينهما وجهان ، والحكم فى أولادهما وفى الأعمام وأولادهم كالحكم فيهما سواء »[١] .

أما ابن العم لأم فهــو من ذوى الأرحام وله حق الصلاة على ترتيبــه بينهم اذا لم يوجد عاصب[٢] .

مذهب الزيدية :

ابن العم ، شــقيقا أو لأب ، له حــق الصلاة كغيره من العصبات على ترتيبه بينهم وعندهم خلاف فى تقــديم السلطان عــلى العصبات[٣] .

أما ابن العم لأم فلا حق له فى ذلك ، لأنه ليس من الأولياء .

مذهب الاباضية :

جاء فى كتاب النيل : «أولى النــاس بالصلاة على الميت أبوه ثم الزوج ، ثم الابن ثم الأخ ، ثم الأقرب فالأقرب »[٤] .

(١) جـ٢ ص٣٦٨ الطبعة السابقة .

(٢) المرجع الســابق .

(٣) البحر الزخار جـ٢ ص١١٤ ، ١١٥ الطبعــة الاولى .

(٤) جـ١ ص١١٠ .

ابن العمّة

قرابته بين ذوى الأرحام :

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن ابن العمة : شقيقة أو لأب أو لأم ، من أولاد الصنف الرابع من ذوى الأرحام والصــنف الرابع ينتمى الى جدى الميت أو جدتيــه ، وهم الأعمام لأم ، والأخوال والخالات ثم أولادهم وان نزلوا (انظر : ذوى الأرحام)[٥] .

المالكية والشافعية والحنابلة :

ذهب أصحاب هذه المذاهب الى أن ابن العمة : شقيقة أو لأب أو لأم ليس له مركز خاص بين ذوى الأرحام بحيث يفضلهم ، بل ينزل مثلهم منزلة من يدلى به ويرث ما كان يرثه .

مذهب الزيدية :

الزيدية جعلوا ابن العمة كغيره من ذوى الأرحام ، لا يتقــدم على أحدهم بصفتــه هذه ، بل بعارض كأن يكون أســبق من غيره .

مذهب الامامية :

ليس عندهم توريث خاص بالرحم ، بل قسموا الميراث بين ذوى النســب وذوى السبب ، وقسموا ذوى النسب الى ثلاث مراتب : الآباء والأولاد ، والجــد وان علا

(٥) السراجية ص٢٦٩ ، ٢٧٠ ، ٢٩٤ طبعة الكردى .

ومعه الاخوة والأخوات ، المرتبة الثالثة مرتبة العمومة والخئولة وتشتمل على أولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات [١] .

مذهب الاباضية :

ذهبوا الى أن كل واحد من ذوى الأرحام ينزل منزلة من يدلى به ، فلا يكون لابن العمة مركز خاص يتعلق بقرابته عندهم .

أحكام ابن العمة

الولاية

اختلف فقهاء الحنفية فى الولاية على النفس ، فقال الصاحبان أنها قاصرة على العصبة ، فليس لقريب آخر هذه الولاية .

وقال أبو حنيفة : انها تكون لغير العصبات فتنتقل الى غيرهم اذا لم يوجدوا ، فتكون لذوى الأرحام ، فابن العمة له الحق فى هذه الولاية على رأى أبى حنيفة ، وليس له ذلك على رأى الصاحبين [٢] .

أما الولاية على المال فابن العمة لا حق له فيها لأنها ليست الا للأب ثم وصيه الى آخر ما ذكر فى الولاية على المال [٣] .

مذهب المالكية :

والمالكية على أن ابن العمة — باعتباره من ذوى الأرحام — لا تكون له ولاية على النفس ، لأن هذه الولاية خاصة بالعصبات عندهم [٤] .

أما الولاية على المال فكذلك لايتولاها ، لأنها انما تكون للأب الرشيد أو وصيه الى آخر ما ذكره [٥] .

مذهب الشافعية :

والشافعية على أنه ليس لابن العمة ولاية تزويج بنت خاله ، لأنهم جعلوها للعصبة الذين من قبل الأب وليس لذوى الأرحام حق فيها [٦] .

وكذلك ليست له الولاية على المال ، لأنها خاصة بالأب ثم الجد الى آخر ما ذكروه [٧] .

مذهب الحنابلة :

والحنابلة : على أنه لا ولاية لابن العمة فى تزويج بنت خاله ، لأنه ذو رحم لها ، ولا ولاية عندهم فى ذلك الا للعصبات ، وكذلك لا ولاية له على المال [٨] .

مذهب الظاهرية :

ليس لابن العمة ولاية فى تزويج بنت خاله ، ولا يختص ابن العمة فى الولاية على المال بحكم وصفه ابن عمة [٩] .

مذهب الزيدية :

والزيدية على أن ابن العمة ليس له ولاية على ولد خاله : ولدا أو بنتا ، لا على النفس ولا على المال اذ الولاية على النفس

---

(١) المختصر النافع ص٢٦٥ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٢٧١ .
(٢) فتح القدير جـ٢ ص٤١٣ الطبعة الاميرية .
(٣) ابن عابدين جـ٥ ص١٢٢ طبعة دار الكتب العربية .
(٤) الشرح الكبير جـ٢ ص٢٢٥ ، ٢٢٦ طبعة دار احياء الكتب العربية .
(٥) الشرح الكبير جـ٣ ص٢٩٩ .
(٦) مغنى المحتاج جـ٢ ص١٥١ ، ١٥٢ .
(٧) المرجع السابق ص١٧٣ ، ١٧٤ .
(٨) المغنى جـ٧ ص٣٥٠ الطبعة السابقة والمحرر لابى البركات جـ١ ص٢٤٦ .
(٩) محلى جـ٩ ص٤٥٦ ، جـ٨ ص٣٢٣ .

انما تكون للعصبة ، فاذا لم توجد عصبة لا نسبية ولا سببية فانها تكون للامام ، والولاية على المال ، عندهم ، قاصرة على الأب العدل ثم الجد الى آخر ما ذكروه [١] .

مذهب الامامية :

لا ولاية عندهم على النفس لغير الأب ، والجد للأب وان علا ، والوصى ، والمولى والحاكم ، فليس لابن العمة ولاية على النفس، وكذلك ليس لهولاية على المال [٢] .

مذهب الاباضية :

ذهبوا الى أنه لا ولاية لابن العمة على ولد خاله الصغير : ذكرا أو أنثى فى النفس لأنه ليس من العصبة .

أما الولاية على المال فانه له أن يلى مال ولد خاله اذا لم يكن هناك أقرب منه ، لأن هذه الولاية تشمل كل الأقارب ، الأقرب فالأقرب .

الحضانة

مذهب الحنفية :

ذهبوا الى أنه ليس لابن العمة حضانة بنت خاله الصغيرة ، لأنه وان كان ذا رحم فانه ليس محرما لها ، وكذا ابن خاله ، لأن حق الحضانة يكون لذوى الأرحام المحارم اذا لم يوجد عصبة [٣] .

مذهب المالكية :

الذى يؤخذ من كلام الدردير فى الشرح الكبير أنه لا حضانة لابن العمة ، شقيقة أو لأب أو لأم ، لأنه ذكر الحاضنين من أقارب المحضون ولم يذكر فيهم ابن العمة وانتقل منهم الى المولى الأعلى ، أى المعتق [٤] .

مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية الى أن ابن العمة لا يكون حاضنا على الأصح ، فانه بعد أن ذكر صاحب مغنى المحتاج على متن المنهاج من يكون لهم الحضانة قال : « فان فقد فى الذكر الحاضن الارث والمحرمية معا كابن خال وابن عمة ، أو الارث فقط والمحرمية باقية كأبى أم وخال فلا حضانة لهم فى الأصح .. ثم قال : وغير الأصح له الحضانة لشفقته بالقرابة » [٥] .

مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة الى أن ابن العمة ليس له حق الحضانة ، لأنه ليس بعاصب ، وقيل ان لم يكن هناك عصبة تثبت له كما تثبت لغيره من الأقارب الذين ليسوا بعصبة على هذا الرأى . ولكن يلزم اذا كانت كبيرة أن تكون محرمة عليه ، برضاع ونحوه .

مذهب الظاهرية :

ذهب ابن حزم الظاهرى الى أن ابن العمة مطلقا صاحب حق فى الحضانة ،

---

(١) البحر الزخار جـ٣ ص٤٦ ، ٤٨ وشرح الازهار جـ٢ ص٢٢١ ، ٢٢٣ طبعة حجازى ، والبحر الزخار جـ٥ ص٨٨ .

(٢) المختصر النافع ص١٩٦ الطبعة السابقة وشرائع الاسلام جـ١ ص٢٠٥ الطبعة السابقة .

(٣) الزيلعى جـ٣ ص٤٨ الطبعة الاميرية وحاشية الشلبى عليه .

(٤) جـ٢ ص٥٢٧ ، ٥٢٨ الطبعة السابقة .

(٥) جـ٣ ص٤٥٤ طبعة مصطفى الحلبى .

ويتولاها اذا كان أحوط لابن خاله وابنة خاله فى دينهما ودنياهما اذا لم يكن هناك عصبة ولا ذوو أرحام محارم ، لأنه من ذوى الرحم ، وهم أولى من غيرهم بكل حال ، ويقدم عليهم ان كان أقرب منهم [١] .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار : اذا عدمت العصبات المحارم وغير المحارم وذوو الأرحام المحارم ، انتقلت الحضانة الى من وجد من ذوى رحم غير محرم كابن الخال وابن الخالة وابن العمة ، الأقرب فالأقرب ، وولايتهم كذلك : أى هم أولى بالذكر دون الأنثى كالعصبات غير المحارم .

وعند الكلام على العصبات غير المحارم قال بخصوص الأنثى : « وأما الأنثى فلا حضانة تجب لهم فيها ، بل هم وسائر المسلمين على سواء فى حقها ، فينصب الامام أو الحاكم من يحضنها » [٢] .

مذهب الامامية :

جاء فى شرائع الاسلام فى الحضانة : « فان فقد الأبوان فالحضانة لأبى الأب فان عدم قيل : كانت الحضانة للأقارب وترتبوا ترتب الارث ، وفيه تردد [٣] .

النفقة

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن ابن العمة لا تلزمه نفقة ابن خاله أو ابنة خاله ، لأنه ليس كل منهما ذا رحم محرم منه وشرط وجوب النفقة عندهم أن يكون من تجب له النفقة على قريبه ذا رحم محرم منه كما لا تجب نفقته على ابن خاله وابنة خاله ، فقد جاء فى الفتاوى الأنقروية [٤] ما يدل على هذا .

مذهب المالكية والشافعية :

ذهب المالكية الى أن ابن العمة لا تجب عليه نفقة ابن خاله ولا بنت خاله مثله فى ذلك مثل ابن العم مطلقا ، كما لا تجب نفقته عليهما لأن النفقة عندهم لا تجب الا للأصول والفروع المباشرين ، وكذلك الحكم فى عدم وجوب النفقة من الجانبين عند الشافعية لأنها لا تجب عندهم الا للأصول والفروع مطلقا (انظر : باب النفقة ، نهاية المحتاج) ، ونقلا أيضا عن الشرح الكبير [٥] .

مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة الى أن ابن العمة لا تجب عليه نفقة ابن خاله ولا بنت خاله ، ولا تجب له عليهما كذلك ، لأن كلا منهما من ذوى الأرحام الذين ليسوا من عمودى النسب ، وهذا أحد قولين ، وخرج أبو الخطاب فى وجوبها عليهم رواية أخرى ، وهى أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوى الفروض ، لأنهم وارثون فى تلك الحال ، النصوص الدالة على ذلك (انظر : الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى) [٦] .

(١) المحلى جـ١٠ ص٣٢٣ طبعة ادارة الطباعة المنيرية .
(٢) جـ٢ ص٥٢٦ الطبعة السابقة .
(٣) جـ٢ ص٤٥
(٤) جـ١ ص١٠٥ .
(٥) جـ١ ص٥٢٢ ، ٥٢٣ .
(٦) جـ٩ ص٢٨٠ .

مذهب الظاهرية :

ذهب ابن حزم الظاهرى الى أن ابن العمة لا يجب عليه الانفاق على ولد خاله ، ولا له عليهم ، لأنهم جميعا ذوو رحم غير محرم . والنفقة انما تكون بين ذوى الرحم اذا كانوا محرما ، النصوص الدالة على ذلك من المحلى [1] .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن ابن العمة يجب عليه نفقة ابن خاله وبنت خاله ، وتجب عليهما له اذا كان من نحكم عليه بالنفقة يرث الآخر ، النصوص الدالة على ذلك من شرح الأزهار [2] .

مذهب الامامية :

قد ذهبوا الى أنه لا تجب النفقة على ابن العمة ولا له على أولاد خاله لأنه لاتجب النفقة على غير عمودى النسب من الأقارب لكن تستحب وتتأكد فى الوارث منهم ، والنصوص الدالة على ذلك من شرائع الاسلام [3] .

مذهب الاباضية :

ذهب هؤلاء الى أن ابن العمة لا تجب عليه نفقة أولاد خاله كما لا تجب له عليهم لأن مدار النفقة عندهم أن يكون المنفق من قوم المنفق عليه ووارثا له وهؤلاء ليس بعضهم من قوم بعض ولو ورثه ، لأنهم يورثون ذوى الأرحام ولكن ورد عندهم رأى صححه أبو زكريا منهم أنهم ان كان بعضهم يرث بعضا فيكون عليه بقدر ارثه والنصوص الدالة على ذلك من كتاب شرح النيل [4] .

الميراث

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن ابن العمة يرث أولاد خاله اذا لم يوجد لهم صاحب فرض ولا عاصب ولا من هو أولى منه من ذوى الأرحام ولا يمنعه من ذلك وجود الزوج أو الزوجة لأنهما لا يرد عليهما شىء مما بقى من التركة بعد استيفاء الموجود منهما حقه (انظر : ارث ذوى الأرحام) .

مذهب المالكية :

قد ذهب متأخروهم الى توريث ذوى الأرحام (انظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقى) [5] وهم يسيرون فى توريث ابن العمة على مذهب أهل التنزيل فينزلونه منزلة من يدلى به الى الميت .

مذهب الشافعية :

ذهب متأخروهم فى رأى ، ومتقدموهم أيضا ، الى توريث ذوى الأرحام ، وعلى ذلك يرث ابن العمة اذا لم يوجد عاصب ولا ذو فرض يرد عليه ولا يمنعه أحد الزوجين لو كان موجودا .

(١) جـ١٠ ص١٠٠ ، ١٠٦ .
(٢) جـ٢ ص٥٤٩ ، ٥٥٠ .
(٣) جـ٢ ص٤٨ .
(٤) جـ٧ ص٢١٠ ، ٢١١ .
(٥) جـ٤ ص٤٦٨ .

طريقة توريثه

يورثونه على طريقة أهل التنزيل ، وهى الأصح عندهم اذا كان معه غيره من ذوى الأرحام ، أما اذا انفرد فانه يأخذ كل المال (انظر ارث ذوى الأرحام) .

مذهب الحنابلة :

ذهبوا كغيرهم ممن تقدم الى أن ابن العمة ، شقيقة أو لأب أو لأم ، من ذوى الأرحام ، وان ذوى الأرحام يرثون اذا لم يكن ذو فرض ولا عاصب ، المرجع : كتاب المغنى لابن قدامة [١] .

طريقة توريثه :

ينزل عندهم منزلة من يدلى به الى الميت من الورثة ، فاذا لم يكن معه أحد من ذوى الأرحام أحق منه أخذ كل المال (انظر : ارث ذوى الأرحام) .

مذهب الظاهرية :

ذهب ابن حزم الظاهرى الى أن ابن العمة لا يرث ، لأنه من ذوى الأرحام وهو لا يورث ذوى الأرحام ، انظر كتاب «المحلى» [٢]

مذهب الزيدية :

يرى الزيدية أن ابن العمة يرث ، لأنه ذو رحم ، وهم يورثون ذوى الأرحام ، البحر الزخار [٣] (انظر : ارث ذوى الأرحام) .

(١) جـ٧ ص٨١ طبعة المنار .
(٢) جـ٩ ص٣١٢ دار الطباعة المنيرية .
(٣) جـ٥ ص٣٥٢ الطبعة الاولى .

مذهب الامامية :

ذهبوا الى أن ابن العمة يرث ما كانت ترثه أمه ، فقد جاء فى المختصر النافع [٤] : « ويقوم أولاد العمومة والعمات والخئولة والخالات مقام آبائهم عند عدمهم » .

والمراد من الآباء هنا ما يشمل الأمهات من باب تغليب المذكر على المؤنث فى التعبير ، ويأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به واحدا كان أو أكثر (انظر : ارث ذوى الأرحام) .

مذهب الاباضية :

ذهبوا الى أن ابن العمة يرث اذا لم يوجد عاصب ولا ذو سهم ان لم يكن من هو أولى منه من ذوى الأرحام ، لأنهم يذهبون الى توريث ذوى الأرحام .

طريقة توريثه :

مذهبهم فى توريث ذوى الأرحام مذهب أهل التنزيل كالشافعية والحنابلة والمالكية، وعلى هذا ينزلون ابن العمة منزلة أمه ، وأمه منزلة أب الميت (انظر ارث ذوى الأرحام) .

الوصية

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن الوصية لوارث تتوقف فى نفاذها على اجازة الورثة فاذا كان ابن العمة وارثا عند موت ولد خاله الذى أوصى له ، أخذ هذا الحكم والا كان

(٤) ص٢٧١ الطبعة الثانية لوزارة الاوقاف .

حكمه فى الوصية حكم الأجنبى (انظر : تبيين الحقائق للزيلعى) [١] .

مذهب المالكية :

ذهب المالكية فى المشهور عندهم الى أن الوصية لوارث باطلة ، فاذا كان ابن العمة وارثا لا تصح الوصية له ولو بقليل زيادة على حقه ، وعندهم رأى آخر أنها صحيحة متوقفة على اجازة الورثة . ويعتبر وارثا أو غير وارث بحال الموت ، والمعتبر فى وقت الاجازة التى تلزم المجيز هو موت الموصى ، أو مرضه مرضا لم يبرأ منه ، أما فيما عدا ذلك فالاجازة غير لازمة (الشرح الكبير وحاشية الدسوقى) [٢] .

مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية الى أن الوصية لوارث تتوقف على اجازة الورثة فاذا كان ابن العمة وارثا لا تصح الوصية له الا اذا أجاز الورثة ، وهو الرأى الراجح عندهم ، والرأى الآخر أنها باطلة وان أجازوها ، والعبرة بكونه وارثا أو غير وارث هو وقت الموت لا وقت الوصية ، وان العبرة فى الاجازة أو الرد هو ما بعد موت الموصى ، فلا يعتبر ما يكون منهم فى حال حياته (مغنى المحتاج والمنهاج) [٣] .

مذهب الحنابلة :

عندهم أن الوصية للوارث تتوقف فى نفاذها على اجازة الورثة فاذا كان ابن العمة وارثا كانت الوصية له موقوفة على الاجازة وهو الأشهر ، وفى قول أنها باطلة وان أجازها باقى الورثة . والعبرة بكونه وارثا أو غير وارث هو وقت الموت .

والعبرة فى اجازة الوصية أو ردها بوقت ما بعد موت الموصى (المغنى وكشاف القناع) [٤] .

مذهب الظاهرية :

ذهب ابن حزم الظاهرى الى أن ابن العمة تصح الوصية له ، لأنه غير وارث ، اذ هو من ذوى الأرحام ، وهم لا ميراث لهم عنده ولو لم يكن للميت أقارب سواهم ، ما لم تكن وصية أو حقوق أخرى عليه ، ولكنه يشترط اذا أوصى لغير وارث ألا تزيد الوصية عن الثلث ، حتى ولو أجاز الورثة ذلك (انظر المحلى) [٥] .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن ابن العمة اذا كان غير وارث تصح الوصية له اجماعا ، ولكنها تنفذ من الثلث ، أما ما زاد عليه فلابد فيه من اجازة الورثة ، واجازتها فى حال حياة الموصى وبعد موته . ولكنها اذا كانت فى حال الحياة فالرجوع فيها قد روى فيه رأيان : رأى بالجواز ، ورأى بعدم الجواز ، أما بعد موت الموصى فلا رجوع فيها قولا واحدا (البحر الزخار) [٦] .

---

(١) جـ٦ ص١٨٢ ، ١٨٣ الطبعة الاميرية .

(٢) جـ٤ ص٤٢٧ ، ٤٣٧ ، ٤٣٨ طبعة دار احياء الكتب العربية .

(٣) جـ٣ ص٤٣ طبعة مصطفى البابى الحلبى .

(٤) جـ٦ ص٤١٩ ، ٤٣٠ الطبعة السابقة ، جـ٣ ص٥٠١ الطبعة العامرة .

(٥) جـ٩ ص٣١٧ الطبعة المنيرية .

(٦) جـ٥ ص٣٠٨ ، ٣٠٩ ، ٣٠٦ الطبعة الاولى .

مذهب الاباضية :

يرى الاباضية أن ابن العمة يصح الايصاء له ما دام مسلما غير وارث ، والمراد بكونه غير وارث أن يكون كذلك عند موت ابن خاله الذى أوصى له ، واذا أذن الورثة للموصى بالوصية فى حال حياته بأكثر من الثلث لم يكن له الرد بعد وفاته على رأى . وفى رأى آخر لهم ذلك (كتاب النيل وشرحه) [1] .

الحج والسفر والخلوة

لا يختص ابن العمة فى الحج والسفر والخلوة بحكم فى هذا بالنسبة لابنة خاله لكنه اذا كان زوجها أو ثبتت محرميته لها بسبب آخر كالرضاع والمصاهرة كان حكمه حكم المحارم ، وان لم يكن أحد هذه الأمور أخذ حكم الأجنبى .

غير أن المالكية يجيزون خلوة ابن العمة بينت خاله عند الضرورة كأن يجدها فى مفازة أو مكان منقطع وخشى عليها الهلاك فانه يجب عليه أن يصحبها ولو أدى الى خلوة ، وعليه أن يحترس جهده ، كما أجازوا له أن يسافر بها اذا كان وصيا لها ولم يكن لها أهل تخلف عندهم ، وكان مأمونا ، وهذا الحكم يشمل ابن العمة وغيره [2] .

مذهب الشافعية :

وعند الشافعية : جاء فى المنهاج وشرحه [3] ما حاصله : وتثبت الحضانة لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الارث وكذا غير المحرم كابن العم على الصحيح لوفور شفقته ، والثانى : لا ، لفقد المحرمية ولا تسلم اليه مشتهاة حذرا من الخلوة المحرمة ، فان كان له بنت مثلا يستحى منها جعلت عنده مع بنته ، وابن العمة فى هذا كابن العم (انظر محارم ، أجنبى ، خلوة) .

الزكاة

مذاهب الحنفية والمالكية والشافعية والامامية :

ذهب هؤلاء الفقهاء الى أن ابن العمة يجوز له أن يعطى أولاد خاله زكاة ماله متى توفرت فيهم شروط من تصرف لهم الزكاة : بأن يكونوا فقراء أو مساكين أو كانوا من العاملين عليها .. الى آخر ما يذكر فى المصارف .

وقد ذكرنا النصوص الدالة على ذلك عند الكلام على الزكاة فى مصطلح « ابن العم » أخذا من كتاب « العناية والهداية عند الحنفية ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه عند المالكية .

ومغنى المحتاج عند الشافعية .

والمختصر النافع عند الامامية [4] .

أما صدقة الفطر فلا يجب على ابن العمة اخراجها عن أولاد خاله عند الحنفية والمالكية والشافعية ، وقد تقدم ذكر النصوص

(١) جـ٦ ص٢١٥ ، ٢٠٣ ، ٢٠٥ ، ٢١٣ .
(٢) الحطاب جـ٢ ص٥٢٣ .
(٣) جـ١ ص٤٦٧ .

(٤) جـ٢ ص٢١ ، جـ١ ص٤٩٢ ، جـ٣ ص١١٢ ، ص٨٣ الطبعات السابقة .

الدالة على ذلك عند الكلام عن الزكاة فى مصطلح « ابن العم » أخذا من كتاب الزيلعى عند الحنفية ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ومغنى المحتاج [١] .

مذهب الامامية :

أما الامامية فانهم مع انهم يقولون لا يلزم ابن العمة نفقة أولاد خاله ، يقولون اذا عالهم تبرعا يجب عليه أن يخرج عنهم صدقة الفطر ، وقد تقدم النص الدال على ذلك عند الكلام عن الزكاة فى مصطلح « ابن العم » أخذا من كتاب المختصر النافع [٢] .

مذهب الحنابلة :

ذهبوا الى أن ابن العمة يصح أن يعطى الزكاة الى ابن خاله ، كما يصح أن يأخذها من ابن خاله ،وهو ظاهر المذهب لأنهم من ذوى الأرحام .

فقد جاء فى الشرح الكبير للمقدسى : فأما ذوو الأرحام فى الحال التى يرثون فيها فيجوز دفعها اليهم فى ظاهر المذهب .. الخ النص الذى ذكرناه عند الكلام عن الزكاة فى مصطلح « ابن العم » [٣] .

أما صدقة الفطر فان ابن العمة لا يجب عليه أن يخرجها عن أولاد خاله ، لأنه لا تلزمه مئونتهم ، ولكن ان تبرع بها لهم أو لبعضهم فى شهر رمضان فانه تلزمه فطرة من تبرع له كما يصح أن يصرف لهم صدقة الفطر التى تلزمه ، لأنها كزكاة المال ، وقد ذكرنا النصوص الدالة على ما تقدم عند الكلام عن الزكاة فى مصطلح « ابن العم » أخذا من كتاب المغنى لابن قدامة ، والمحرر ومختصر الخرقى مع المغنى [٤] .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن ابن العمة يجوز له أن يعطى زكاة ماله الى أولاد خاله ، كما يجوز لهم أن يعطوه زكاة أموالهم ، لأن بعضهم ذوو رحم لبعض ، وأساس منع صرف الزكاة عندهم أن يكون المصروف له أصلا أو فرعا باتفاق ، أو من تلزم المزكى نفقته على رأى بعضهم وذوو الأرحام لا يجب لبعضهم النفقة على بعض ، كما أن بعضهم ليس أصلا ولا فرعا لبعض .

وعلى هذا يصح أخذ بعضهم زكاة بعض بالاتفاق . وقد ذكرنا النصوص الدالة على ما تقدم عند الكلام على الزكاة فى مصطلح « ابن العم » أخذا من كتاب البحر الزخار [٥] .

أما صدقة الفطر فانها لا تلزمه عن أولاد خاله ، كما لا تلزم أولاد خاله عنه لأن مبناها وجوب النفقة على من يصرفها ، ولا نفقة لذى رحم على ذى رحم ، وقد تقدم النص الدال على ذلك عند الكلام على الزكاة فى مصطلح « ابن العم » أخذا من كتاب البحر الزخار [٦] .

---

(١) جـ١ ص٣٠٦ ، جـ١ ص٥٠٦ ، جـ١ ص٤٠٢ الطبعات السابقة .
(٢) ص٨٥ الطبعة السابقة .
(٣) جـ٢ص٧١٣ فى ذيل المغنى الطبعة السابقة .
(٤) جـ٢ ص٦٧٠ ، جـ١ ص٢٢٦ ، جـ٢ ص٦٩٠ الطبعات السابقة .
(٥) جـ٢ ص١٨٦ .
(٦) جـ٢ ص١٩٩ الطبعة السابقة .

مذهب الاباضية :

عند الاباضية فى اعطاء ابن العمة الزكاة لأولاد خاله ، واعطائهم اياها له رأيان :

رأى ، وهو الراجح : أنه يصح لكل منهما ذلك ، لأنهم ليس واحد منهما من قوم أبى الثانى .

ورأى آخر : لا يصح ، لأنه يجب عليه لهم النفقة ان كان وارثا ، وهم كذلك ، اذ هم يورثون ذوى الأرحام ، وما دام يجب لأحدهما النفقة على الآخر لا يصح أن يأخذ منه الزكاة ، وقد تقدم بيان ذلك ، وذكر النص عند الكلام عن الزكاة فى مصطلح « ابن العم » من كتاب النيل وشرحه [1] .

الاقرار

مذهب الحنفية والمالكية :

الحكم فى اقرار ابن العمة بنسب ابن خاله أو ابنة خاله كالحكم فى اقرار ابن العم بنسب ابن عمه (انظر : ابن العم) .

مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية الى أن ابن العمة اذا أقر بنسب ولد لخاله يكون أخا لابن خاله المعروف نسبه يثبت النسب ممن ألحق به اذا كان الملحق به ميتا ، وكان ابن العمة حائزا لجميع الميراث : بأن يكون ابن خاله المعروف النسب قتل أباه المورث أو ارتد مثلا ولا وارث له غيره وهذا على القول الذى سار عليه المتأخرون بأن ذوى الأرحام يرثون ويشترط أن يصدقه الملحق ، كما يشترط ألا يكون الميت قد نفاه ، فاذا كان هناك ورثة آخرون : زوج أو زوجة ، فانه يلزم موافقتهم للمقر [2] .

مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة الى أن ابن العمة اذا أقر بنسب شخص الى خاله كأن يقول هذا أخ لابن خالى مثلا ، أو هذا ابن ابن خالى ، فانه يثبت نسبه اذا استوفى الشروط المطلوبة فى ذلك ، وقد ذكرنا الشروط المطلوبة وتفصيل القول فى ذلك عند الكلام على الاقرار فى مصطلح « ابن العم » أخذا من كتاب المغنى لابن قدامة [3] .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن ابن العمة اذا أقر بولد لابن خاله فحكمه حكم ما تقدم فى اقرار ابن العم [4] .

مذهب الامامية :

اذا أقر ابن العمة بابن لخاله أو لابن خاله فحكمه حكم اقرار ابن العم على ما تقدم فى مصطلح « ابن العم » .

القذف

مذهب الحنفية :

عند الأحناف أن ابن العمة اذا قذف ولد خاله ذكرا أو أنثى يحد به متى توفرت الشروط اللازمة لاقامة الحد ، وتنظر هذه الشروط فى مصطلح « قذف » .

---

(١) جـ٢ ص١٣٠ ، ١٣١ .

(٢) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج جـ٢ ص٢٦١ ، ٢٦٢ الطبعة السابقة .

(٣) جـ٥ ص٣٢٧ ، ٣٣٠ الطبعة السابقة .

(٤) البحر الزخار جـ٥ ص١٢ ، ١٣ ، ١٤ .

أما اذا قذف آخر ابن خاله أو بنت خاله فليس له حق المطالبة بحده : سواء أكان المقذوف حيا أو ميتا ، لأنه ان كان حيا لا خصومة لأحد سواه . وان كان ميتا لا خصومة لأحد غير الوالد وان علا والولد وان نزل ، لأن العار انما يلتحق بهم [١] .

مذهب المالكية :

أما عند المالكية : فابن العمة له حق فى استيفاء حد القذف الذى يحصل لابن خاله أو بنت خاله على الرأى القائل بأن ذا الرحم يرث اذا لم يكن ذو فرض ولا عاصب عدا الزوجين ، اذ هو فى هذا وارث بالقوة ، وهم يجعلون الوارث ولو بالقوة ذا حق فى استيفاء حد القذف وسواء فى ذلك أن يكون القذف قد حصل قبل موته أو حصل بعد موته ، كما أن له كسائر الورثة حق العفو الا اذا كان الميت قد أوصى قبل موته باستيفاء الحد ، أما ان عفا هو فليس لابن العمة ولا غيره من الورثة استيفاؤه أما اذا لم يوص بالاستيفاء ولم يعف فان الحق فى ذلك للوارث [٢] .

مذهب الشافعية :

وعند الشافعية أن ابن العمة ان كان وارثا لابن خاله يرث استيفاء حد القذف . وذلك على رأى المتأخرين القائلين بتوريث ذوى الأرحام ، لأنه حق من حقوق الآدميين ، فيورث كسائر حقوقهم، والأصح أن الذى يرثه جميعه كل فرد من الورثة وقيل : يرثه جميعه الا الزوجين ، ويسقط بالعفو أو ارث القاذف للحد ، ولا يسقط بعفو بعض الوارثين ، لأنه حق لكل منهم [٣] .

مذهب الحنابلة :

وعند الحنابلة : أن ابن العمة ليس له ارث حق القذف لابن خاله أو بنته ، لأنه ليس من العصبة ، وقد خصوهم به الا فى رأى عندهم وهو أنه يرثه كل وارث حتى الزوجين .

وقال القاضى فى بعض الروايات عنه : يختص به من سواهما [٤] .

وهذا اذا قذف المورث وهو ميت ، أما اذا قذف وهو حى فليس لأحد غير المقذوف حق المطالبة به ، فاذا مات ولم يطالب به سقط ، وان طالب به ثم مات فان من ذكرنا يرث حق المطالبة به ، وهو ميراث لابن العمة وجميع من يكون معه من ذوى الأرحام الوارثين لأنه لدفع العار والعار يلحقهم جميعاً ، ولو عفا بعض ذوى الحق لا يسقط بعفوه وللباقين استيفاؤه ولو كان الباقى واحدا [٥] .

مذهب الظاهرية :

وعند ابن حزم الظاهرى : أن حد القذف حق محض لله تعالى ، فليس لأحد العفو عنه حتى المقذوف نفسه ، ولا لأحد ارثه ، سواء أكان عصبة أو غير عصبة ، فليس

---

(١) الفتاوى الانقروية جـ١ ص١٥٤ الطبعة الاميرية وكتاب الهداية والعناية وفتح القدير جـ٤ ص١٩٥ الطبعة السابقة .

(٢) حاشية الدسوقى والشرح الكبير جـ٤ ص٣٣١ طبعة دار احياء الكتب العربية .

(٣) مغنى المحتاج جـ٣ ص٣٧٢ الطبعة السابقة .

(٤) المحرر جـ٢ ص٩٦ طبعة أنصار السنة المحمدية

(٥) المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٢٤ ، ٢٥ الطبعة السابقة والمحرر جـ٢ ص٩٦ الطبعة السابقة .

لابن العمة حق المطالبة به ولا العفو عنه لا فى حياة المقذوف ولا بعد مماته [1] .

مذهب الزيدية :

وعند الزيدية : أن ابن العمة ليس له حق المطالبة بحد قذف ابن خاله أو ابنة خاله ، لأنه لا ولاية له فى نكاحهما عندهم اذ هذه الولاية خاصة بالعصبة [2] .

مذهب الامامية :

وعند الامامية : أن ابن العمة اذا كان وارثا له حق استيفاء هذا الحد ، لأن هذا الحد يرثه عندهم من يرث المال عدا الزوج والزوجة [3] .

الجنايات

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن ابن العمة اذا كان وارثا لابن خاله فانه يرث القصاص لابن خاله المقتول وحده ان انفرد بالارث أو مع غيره من الورثة ان لم ينفرد .

ويرى أبو حنيفة أنه يستحقه ابتداء لا ارثا ويجوز له أن يعفو عن القصاص فيسقط حق الباقين فيه وينقلب مالا هو الدية [4] .

مذهب المالكية :

ويرى المالكية : أنه لا يرث ابن العمة حق استيفاء القصاص عن ابن الخال أو بنت الخال ، لأنه ليس عصبة له أو لها ، وهذا الحق للعصبة الذكور وللنساء الوارثات ولكنه يصح أن يرثه ممن ورث هذا الحق [5] .

مذهب الشافعية :

ويرى الشافعية : أن ابن العمة له الحق فى ارث حق القصاص ، بناء على رأى المتأخرين القائلين بارث ذوى الأرحام ، فقد جاء فى مغنى المحتاج : « وقياس توريث ذوى الأرحام فى غير القصاص أن يقال به ، أى بالتوريث ، فى القصاص أيضا » [6] .

وعلى هذا اذا كان الوارث وحده استحقه كله ، وان كان مع غيره استحق منه بقدر نصيبه واذا عفا هو أو غيره من المستحقين سقط القصاص ، وبقيت الدية [7] .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة : أن ابن العمة يرث حق القصاص اذا كان وارثا ، بألا يكون لابن خاله وارث الا ذوو الأرحام ، فان كان وحده ورثه كله ، وان كان معه غيره ورث منه بقدر نصيبه وان عفا سقط القصاص ، فليس لأحد آخر حق استيفائه ، لأنه لا يستوفى الا باتفاقهم على الاستيفاء ، والمراد من الورثة الورثة بالفعل ، نقلا عن المحرر وكتاب المغنى لابن قدامة [8] .

مذهب الظاهرية :

ويرى ابن حزم الظاهرى أن ابن العمة ليس له حق فى القصاص عن ابن خاله ،

---

(١) المحلى جـ١١ ص٢٨٩ ، ٢٩٠ الطبعة السابقة .

(٢) البحر الزخار جـ٣ ص٤٦ ، ٤٧ الطبعة السابقة .

(٣) شرائع الاسلام جـ٢ ص٢٥١ نشر دار مكتبة الحياة ببيروت .

(٤) الفتاوى الانقروية جـ١ ص١٧٣ ، والهداية جـ٨ ص٢٨٥ ، ٢٧٧ ، أى فتح القدير الطبعة السابقة .

(٥) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ٤ ص٢٥٦ ، ٢٥٨ ، ٢٦٢ الطبعة السابقة .

(٦) جـ٤ ص٤٠ الطبعة السابقة .

(٧) مغنى المحتاج جـ٤ ص٣٩ ، ٤٠ ، ٤٩ الطبعة السابقة .

(٨) جـ٢ ص١٣١ ، جـ٩ ص٣٦٤ الطبعة السابقة .

لأنه ليس من أهـله ، اذ هـو من ذوى الأرحام الذين لم يعتبرهم أهله ، ولكن أمه من أهل المقتول فلها الحق ، غير أنه لايرث هذا الحق من أمه ان ماتت قبلَ استيفائه ، لأن عنده أن هذا الحق شخصى لا يورث « الايصال تكملة المحلى » لابن حزم [١] .

مذهب الزيدية :

ويرى الزيدية أن ابن العمـة له حـق استيفاء القصاص لابن خاله لأنهم جعلوها لجميع قرابة النسب وذوو الأرحام منهم ، واذا سقط حقـه فى القصـاص سقط كل القصاص فليس لأحد المستحقين استيفاؤه [٢] .

مذهب الامامية :

ويرى الامامية أن ابن العمة لا يرث حق القصاص على الرأى الراجح عندهم ، لأنه حق للعصبة وحدهم ، وعلى رأى آخر حق لكل وارث عدا الزوج والزوجة ، وذوو الأرحام عندهم من الورثة .

واذا عفـا لا يسـقط حق البـاقين فى القصـاص ، ولـكن لابد أن يردوا على المقتص منه نصيب من عفا من الدية أو ما فاداه به [٣] .

مذهب الاباضية :

ويرى الاباضية فى نص عندهم أن حق استيفاء القصاص للعصبة فقط ، فابن العمة ليس له هذا الحق بناء على هذا النص .

وجاء عنـدهم نص آخـر أنه لـكل وارث كما هو للولى الذى هو العاصب ، واذا عفا أحد أصحاب الحق سقط القصاص وليس لغيره طلبه بشرط علمه بهذا العفو . وكذلك يرث ابن العمة حق الاستيفاء من موروثه الذى مات قبـل اسـتيفاء حـق القصاص [٤] .

الديات

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن ابن العمة اذا قتل ولد خاله عمدا كان عليه القصاص ، فان عفا عنه من له القصاص الى مال وجبت عليه الدية فى ماله وكذا ما صولح عليه ، أما اذا كان القاتل أجنبيا فان ابن العمة الموجود يكون له حق فى الدية اذا كان وارثا [٥] :

واذا لم يعف ابن العمة عن حقه فى الدية وعفا غيره من الورثة كذوى أرحام آخرين أو زوج أو زوجة لا يسقط حقه فيها .

مذهب المالكية :

ويرى المالكية أن ابن العمة لا حق له فى دية ابن خاله اذا عفا عن القـاتل الى الدية ، الا اذا كان وارثا عـلى رأى من ورثوا ذوى الأرحـام عنـدهم ، وهـم المتأخرون [٦] .

مذهب الشافعية :

ويرى الشافعية أن ابن العمة اذا قتـل ابن خاله عمدا تلزمه الدية فى ماله ان عفا عنه فى القصاص من له حق العفو .

---

(١) جـ١٠ ص٤٨١ ، ٤٨٢ ، ٣٦٠ الطبعة السابقة .

(٢) البحر الزخار جـ٥ ص٢٣٥ ، ٢٣٩ الطبعـة السابقة وكتاب التاج المذهب جـ٤ ص٢٨٣ الطبعـة السابقة .

(٣) المختصر النافع ص٣١٣ ، ٣١٤ الطبعة السابقة وكتاب شرائع الاسلام جـ٢ ص٢١٨ الطبعة السابقة .

(٤) النيل وشرحه جـ٧ ص٦٢١، ٦٢٢ ، جـ٨ ص١٦٤، ١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٦٨ .

(٥) حاشية الشلبى جـ٦ ص١٧٧ على هامش الزيلعى الطبعة الاميرية ، ص١١٤ .

(٦) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه جـ٤ ص٢٦٢ الطبعة السابقة .

وان كان القتل خطأ فعلى عاقلته واذا لم يكن هو القاتل فانه يتحمل فى الدية اذا لم توجد عصبات أو وجدت ولم يوف ما لزمها بما يجب من الدية لقلتها ، وهذا اذا كان يرث بناء على رأى المتأخرين الذين يورثون ذوى الأرحام اذا لم ينتظم بيت المال ، وكذلك يرث من دية ابن خاله كما يرث من ماله بناء على هذا الرأى [١] .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة أن ابن العمة اذا قتل ابن خاله عمدا وعفى له عن القصاص ممن يستحقه ، فانه تجب عليه الدية فى ماله .

أما اذا كان القتل خطأ فان الدية تكون على عاقلته ، ولا يتحمل منها شيئا ويرث من الدية التى لزمت غيره بقتل ابن خاله اذا لم يحجبه حاجب [٢] .

مذهب الظاهرية :

ويرى ابن حزم الظاهرى أن ابن العمة اذا قتل ابن خاله يكون ككل قاتل اذا عفى من القصاص تلزمه الدية فى ماله هو ، ويكون العفو من أهل المقتول جميعا ، ولا يلزمه التحمل فى الدية اذا كان ابن خاله هو القاتل لأن الذى يتحملها هم العصبة ، وأما من حيث ارثه من الدية فانه لا يرث منها كما لا يرث من المال [٣] .

(١) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج جـ٤ ص٥٣ ، ٥٤، ٩٥ ، ٩٦ ، ٩٧ ، والام جـ٦ ص٣٤ نشر مكتبة كليات الأزهر .

(٢) المغنى لابن قدامة جـ٩ ص٤٨٨ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٥١٥ ، ٥١٦ ، ٦٦١ ، ٦٦٢ الطبعة السابقة .

(٣) المحلى جـ١٠ ص٣٣٨ ، جـ١١ ص٤٤ ، جـ١٠ ص٤٨٤ ، جـ٩ ص٣١٢ الطبعة السابقة .

مذهب الزيدية :

ويرى الزيدية أن ابن العمة اذا قتل ابن خاله عمدا تجب عليه الدية فى ماله اذا عفا عن القصاص أحد المستحقين .

أما اذا كان القتل خطأ فان الدية على العاقلة فى رأى ، وفى رأى آخر على الأقرب فالأقرب من العصبة .

أما اذا كان ابن خاله قتل شخصاً ولزمته الدية فانه لا يتحمل فيها ، لأنه ليس من عصبته ، كما أنه لا يرث من دية ابن خاله ان قتله هو ، أما ان كان القاتل له غيره فانه يرث منها اذا كان ذا حق فى الارث [٤] .

مذهب الامامية :

ويرى الامامية أن ابن العمة اذا قتل ابن خاله عمدا وعفى عن القصاص الى الدية فان الدية تجب فى ماله ككل قاتل ، وكذا فى شبه العمد ، أما اذا كان خطأ فانها تجب على عاقلته .

أما اذا قتل ابن خاله شخصا آخر فانه لا يتحمل فى الدية التى تلزم عاقلة ابن خاله ، لأن ذلك خاص بالعصبة ولكنه يرث من دية ابن خاله اذا لم يكن هو القاتل له وورث من فى رتبته [٥] .

مذهب الاباضية :

ويرى الاباضية أن ابن العمة اذا قتل ابن خاله عمدا وعفى عن القصاص تجب الدية فى ماله ، وكذلك عندهم فى شبه العمد على رأى .

(٤) البحر الزخار جـ٥ ص٢٥١ ، ٢٥٣ الطبعة السابقة .

(٥) شرائع الاسلام جـ ٢ ص ٢٨١ ، ٢٨٩ ، ٣١١ ، الطبعة السابقة .

أما الخطأ فالدية فيه على العاقلة ، وفى قول : يشارك فيها ، فانه لا يرث من دينه التى وجبت عليه ، ولا من ماله أيضا فى العمد وشبه العمد ، وكذا فى الخطأ الا اذا كان بحق على رأى ، وفى رأى يرث .

أما اذا كان القاتل غيره فانه يرث منها كما يرث من التركة ما دام وارثا .

العتق

فقهاء المذاهب السبعة : الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والامامية ، على أن ابن العمة اذا ملك ابن خاله أو ملكه ابن خاله لا يعتق أحدهما على الآخر بهذا الملك على اختلاف فى التوجيه والتعليل [١] .

تغسيل ابن العمة لبنت خاله

ابن العمة حكمه حكم الرجال فى عدم جواز تغسيلهم النساء بعد الوفاة الا اذا كان زوجا لها على تفصيل فى المذاهب .

فى حكم تغسيل الزوج لزوجته انظر : « تغسيل الميت » .

صلاة ابن العمة على بنت خاله

يرى الحنفية والمالكية والزيدية أن ابن العمة لا يكون ذا حق فى التقدم للصلاة على بنت خاله ولو كان زوجا لها [٢] .

مذهب الشافعية :

ويرى الشافعية أن ابن العم يحق له أن يتقدم فى الصلاة على بنت خاله اذا لم يكن لها عصبة بشرط أن يكون أقرب ذوى الأرحام [٣] .

مذهب الحنابلة :

وذهب الحنابلة الى أن ابن العمة لا يحق له التقدم فى الصلاة على ابنة خاله الا اذا كان زوجا لها فى رواية عن أحمد ، وكان لها عصبة موجودون ، وفى الرواية الراجحة أنه اذا وجد عصبة لا يقدم ولو كان زوجا وكذا يحق له أن يتقدم اذا أوصت بصلاته عليها وكان غير فاسق ولا مبتدع أو لم يكن لها عصبة وهو أقدم ذوى الأرحام [٤] .

مذهب الامامية :

وذهب الامامية الى أن ابن العمة يكون أولى بالصلاة على بنت خاله اماما اذا كانت زوجة له ما لم يوجد الامام وان وجد أخوها فهو أولى منه ، وفى شرائع الاسلام ما يدل على أنه أولى من العصبة جميعا [٥] .

مذهب الأباضية :

ذهب الاباضية الى أن ابن العمة يكون أحق بالامامة فى الصلاة عليها اذا كان زوجا لها ، أما اذا لم يكن زوجا لها فأحقيته فى هذه الامامة انما تكون اذا لم يوجد أقرب اليها منه [٦] .

---

(١) الميدانى شرح القدورى جـ٢ ص١٢٨ الطبعة السابقة ، والشرح الكبير جـ٤ ص٣٦٦ الطبعة السابقة، ومغنى المحتاج جـ٤ ص٤٩٩ ، ٥٠٠ الطبعة السابقة ، المحرر جـ٢ ص٤ الطبعة السابقة ، والبحر الزخار جـ٤ ص١٩٣ ، ١٩٤ الطبعة السابقة ، والمختصر النافع ص٢٣٧ الطبعة السابقة ، والمحلى جـ٩ ص٢٠٠ .

(٢) الميدانى جـ٢ ص١٣٦ الطبعة السابقة والجوهرة جـ٢ ص١٣٦ وحاشية الدسوقى جـ١ ص٤٢٨ الطبعة السابقة ، والبحر الزخار جـ٢ ص١١٤ ، ١١٥ الطبعة السابقة .

(٣) المنهاج وشرحه مغنى المحتاج جـ١ ص٣٤٧ الطبعة السابقة .

(٤) مختصر الخرقى جـ٢ ص٣٦٦، ٣٦٧ والمغنى لابن قدامة جـ٢ ص٣٦٨ الطبعة السابقة .

(٥) المختصر النافع ص٦٤ الطبعة السابقة وكتاب شرائع الاسلام جـ١ ص٦٣ الطبعة السابقة .

(٦) النيل جـ١ ص١١٠ .

إبهام

١ – التعريف اللغوى :

أبهم الأمر : اشتبه ، والابهام فى اليد والقدم أكبر الأصابع [١] .

٢ – وللابهام بالمعنى الثانى أحكام عند الفقهاء تتعلق بالجناية عليه ، وقد فرق العلماء فى الجناية على الأطراف ومنها الأصابع بين العمد وشبهه والخطأ ، فأوجب بعضهم القصاص فى الجناية عن عمد فيما دون النفس .

مذهب الحنفية :

العمد فيه القصاص لقوله تعالى : « والجروح قصاص » ، وهو ينبىء عن المماثلة ، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا .

وعدم جريان القصاص فى بعض صور التعمد لا يخرج الجناية عن العمدية فانه لمانع ، كما اذا قتل الأب ابنه عمدا [٢] .

وجوز بعض العلماء فى جناية العمد القصاص أو الأرش .

فقال الاباضية [٣] : اذا صح القصاص فلصاحبه القصاص أو الأرش ، وذلك على تفصيل فى شروط القصاص واختلافها عند المذاهب .

قال الحنفية :

لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ، ولا بين الحر والعبد ، ولا بين العبدين . ويجب القصاص فى الأطراف بين المسلم والكافر للتساوى بينهما فى الأرش [٤] .

وقال المالكية :

كل شخصين يجرى بينهما القصاص فى النفوس من الجانبين يجرى فى الأطراف ، فأما اذا كان أحدهما يقتص له من الآخر ولا يقتص للآخر منه فى النفس فقال مالك لا يقتص فى الأطراف ، ولو قطع العبد أو الكافر الحر المسلم لم يكن له أن يقتص منهما فى الأطراف .. هذا هو المشهور فى المذهب .

وروى عن مالك : وجوب القصاص هنا .

وقال ابن الحاجب : وقيل انه الصحيح . وروى أن المسلم مخير فى القصاص والدية .

ومن كتاب ابن المواز قال مالك : ليس له ، أى للمسلم ، الا الدية فى الجراح بينه وبين الكافر والعبد [٥] .

---

(١) ترتيب القاموس المحيط جـ١ ص٢٧٨ .

(٢) نتائج الافكار وحواشيه : تكملة فتح القدير جـ٨ ص٢٧٠ ، ٢٧١ الطبعة الاولى بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر ١٣١٨ هـ .

(٣) شرح النيل جـ٨ ص٢٨٠ طبعة محمد بن يوسف البارونى وشركاه .

(٤) نتائج الافكار وحواشيه تكملة فتح القدير جـ٨ ص٢٧١ ، ٢٧٢ الطبعة السابقة .

(٥) هامش التاج والاكليل لمختصر خليل على شرح مواهب الجليل طبعة أولى ١٣٢٩ هـ جـ٦ ص٢٤٥ .

واشترط الحنابلة للقصاص فى الأطراف شروطا :

أولها : أمن الحيف وهو شرط لجواز الاستيفاء وشرط وجوبه امكان الاستيفاء بلا حيف .

وثانيها : المماثلة فى الاثم والموضع .

وثالثها : استواء الطرفين : المجنى عليه والمقتص منه [1] .

ويشترط الامامية فى جواز الاقتصاص : التساوى فى الاسلام والحرية ، وأن يكون المجنى عليه أكمل ، فيقتص للرجل من المرأة ولا يؤخذ الفضل ، ويقتص لها منه بعد رد التفاوت فى النفس أو الطرف ، ويقتص للذمى من الذمى ، ولا يقتص له من مسلم ، وللحر من العبد ولا يقتص للعبد من الحر ، والتساوى فى السلامة [2] .

وأوجب الظاهرية فى عمد الجناية على الأصابع الدية لأنه لا دية عندهم فى الجناية الخطأ على ما دون النفس [3] (انظر : جناية — قصاص) .

وجمهور الفقهاء على وجوب الدية فى الخطأ وشبه العمد فيما دون النفس خلافا للأحناف الذين يقولون : ليس فيما دون النفس شبه عمد ، وانما هو عمد أو خطأ ، وخلافا للظاهرية الذين يقولون : ان الخطأ لا دية فيه ، وخلافا للاباضية فى شبه العمد فقد أوجبوا فيه دية العمد ، وقيل : القصاص ، الا ان أراد الولى الدية [4] ، ويدفع الدية الجانى أو العاقلة على تفصيل بين المذاهب (انظر : دية ، عاقلة) .

٣ — القصاص فى الابهام :

قال الأحناف :

الابهام لا تؤخذ الا بالابهام [5] .

وقال المالكية : ما سبق من قولهم : كل شخصين يجرى بينهما القصاص فى النفوس من الجانبين يجرى فى الأطراف .

وقال ابن رشد : لا خلاف فى أن الأنملة تقطع بالأنملة كانت أطول أو أقصر ، والشرط عندهم فى القصاص اتحاد المحل .

قال ابن الحاجب : تشترط المماثلة فى المحل والقدر والصفة وتتعين عند عدم الدية [6] .

وقال الشافعية :

وتؤخذ الأصابع بالأصابع والأنامل بالأنامل لقوله تعالى «والجروح قصاص» ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من

(١) هداية الراغب لشرح عمدة الطالب ص ٥٢٠ ، ٥٢١ مطبعة المدنى بمصر .

(٢) شرائع الاسلام جـ٢ ص٢٨٣ ، ٢٨٤ نشر دار مكتبة الحياة ببيروت .

(٣) المحلى لابن حزم الظاهرى طبعة أولى سنة ١٣٤٩ ادارة الطباعة المنيرية بمصر جـ١٠ ص٤٣٥ ومابعدها .

(٤) شرح النيل جـ٨ ص٩٥ .

(٥) بدائع الصنائع للكاسانى طبعة أولى سنة١٣٢٨هـ مطبعة الجمالية بمصر جـ٧ ص٢٩٧ .

(٦) هامش التاج والاكليل لمختصر خليل على شرح مواهب الجليل طبعة أولى سنة ١٣٢٩ جـ٦ ص٢٤٦ — ٢٥٦ .

غير حيف فوجب فيهـا القصـاص على أن يقطع من أصابع الجانى مثل أصابعه لأنها داخلة [١] .

وقال الحنابلة :

وتؤخذ الأصبع بأصبع تماثلها والأنملة بالأنملة كذلك [٢] .

وقال الزيدية :

اذا وقعت الجناية عمدا على ذى مفاصل كمفاصل الأصابع فالقصاص ، ويؤخذ ذو المفاصل بمثله [٣] .

وقال الشيعة الامامية :

وتؤخذ الأصبع بالأصبع مع تساويهما ، وكل عضو يؤخذ قودا مع وجوده تؤخذ الدية مع فقده مثل أن يقطع اصبعين وله واحدة [٤] .

وقال الاباضية :

ويكون القصـاص فى عضـو بان من مفصل [٥] .

٤ ــ دية الابهام :

تتفق أكثر المذاهب على أن الابهام تؤخذ فيه عشر الدية الا ما جاء فى بعض المذاهب على ما يبين فيما يلى :

(١) المهذب لابى اسحاق الشـيرازى طبعـة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر جـ٢ ص١٨٠ ، ١٨١ .
(٢) هداية الراغب لشرح عمدة الطالب ص٥٢٠ مطبعة المدنى بمصر .
(٣) شرح الازهار جـ٤ ص٣٨٥ الطبعة الثانية مطبعة حجازى بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .
(٤) شرائع الاسلام جـ٢ ص٢٨٦ نشر دار مكتبـة الحياة ببيروت .
(٥) شرح النيل جـ٨ ص٢٠٦ الطبعة السابقة .

قال الأحناف :

فى أصابع اليدين والرجلين فى كل واحدة منها عشر الدية ، وهى فى ذلك سواء ، لا فضل لبعض على بعض ، والأصل فيه ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « فى كل أصبع عشر من الابل من غيـر فضل بين اصبع واصبع » .

وروى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما أنه قال : هذه وهذه سواء ، وأشار الى الخنصر والابهام . وسواء قطع الأصابع وحدها أو قطع الكف معها ، وكذلك القدم مع الأصابع ، لأن الأصابع أصل والكف تابعة لها ، ولأن المنفعة المقصودة من اليد تحصل بالأصابع لما روى عنه عليه الصـلاة والسلام أنه قال : فى الأصابع فى كل اصبع عشر من الابل من غير فضل بين ما اذا قطع الأصابع وحدها أو قطع الكف التى فيهـا الأصابع .

وما كان من الأصابع فيه ثلاث مفاصل ففى كل مفصل ثلث دية الاصبع ، وما كان فيه مفصلان ففى كل واحد منهما نصـف دية الأصبع لأن ما فى الأصبع ينقسم على مفاصلها كما ينقسم ما فى اليد على عـدد الأصابع [٦] .

وقال المالكية :

فى كل اصبع عشر الدية وهى عشر من الابل ، وفى كل أنمـلة ثلث العشر الا فى الابهام فهو أنملتان فى كل واحدة منهمـا

(٦) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٧ ص٣١٤ الطبعـة السابقة .

نصف الأرش ، والمرأة تعاقل الرجل فى الجراح الى ثلث ديته لا تستكملها ، فاذا بلغت ذلك رجعت الى عقل نفسها [١] (انظر : عقل) .

وقال الشافعية :

ويجب فى كل اصبع عشر الدية لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن : فى كل اصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الابل ، ولا يفضل اصبع على اصبع ، لما ذكرناه من الخبر ، ولما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مسندا: الأصابع كلها سواء، عشر عشر من الابل ، ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية ، فلم تختلف ديتها باختلاف منافعها كاليدين ، ويجب فى كل أنملة من غير الابهام ثلث دية الأصبع وفى كل أنملة من الابهام نصف دية الأصبع ، لأنه لما قسمت دية اليد على عدد الأصابع وجب أن تقسم دية الأصبع على عدد الأنامل [٢] .

وقال الحنابلة :

وفى أصابع اليدين أو الرجلين الدية ، وفى كل اصبع من يد أو رجل عشرها وفى أنملة ابهام يد أو رجل نصف عشرها [٣] .

وقال ابن حزم الظاهرى :

صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : الأصابع سواء . هذه وهذه سواء ، يعنى الخنصر والابهام . وأنه صلى الله عليه وسلم قال : الأصابع عشر عشر ، فهذا نص لا يسع أحد الخروج عنه .

وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : رفع عن أمتى الخطأ .

وصح قول الله تعالى : « وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم » [٤] فسقط أن يكون فى الخطأ فى ذلك دية أصلا .

فرجعنا الى العمد فلم يكن بد من ايجاب دية الأصابع كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فالدية واجبة على العامد بلا شك .

وأيضا فان الله تعالى يقول : « وجزاء سيئة سيئة مثلها » [٥] وكان العامد مسيئا بسيئته فالواجب بنص القرآن أن يساء اليه بمثلها ، والدية اذا أوجبها الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم وفى اساءة مسىء فهى مثل سيئة ذلك المسىء بلا شك ، وكذلك الحدود اذا أمر الله تعالى بها أيضا ، فاذا فاتت المماثلة بالقود فى الأصابع وجبت المماثلة بالدية فى ذلك .

والنبى صلى الله عليه وسلم حكم فى كل اصبع بعشر من الابل ، فواجب بلا شك

---

(١) شرح مواهب الجليل على مختصر خليل جـ٦ ص ٢٦٣ .

(٢) المهذب لابى اسحاق الشيرازى جـ٢ ص٢٠٦ .

(٣) هداية الراغب لشرح عمدة الطالب ص٥٢٥ مطبعة المدنى بمصر .

(٤) الاحزاب : ٥ .

(٥) الشورى : ٤٠ .

أن العشر المذكورة مقابلة للاصبع ، ففى كل جزء من الاصبع جزء من العشر المذكورة فعلى هذا فى نصف الاصبع نصف العشر وفى ثلث الاصبع ثلث العشر وهكذا فى كل جزء .

عن عبد الرزاق عن سفيان الثورى عن منصور عن ابراهيم النخعى قال : فى كل مفصل من الأصابع ثلث دية الأصبع الا الابهام فانها مفصلان فى كل مفصل النصف [1] .

وقال الزيدية [2] :

فى كل اصبع ، أى اصبع كانت ، عشر الدية . هذا قول الأكثر ، أى أكثر الزيدية .

وكان عمر رضى الله عنه يفاضل بين أصابع اليدين ، فجعل فى الخنصر ستا من الابل ، وفى البنصر تسعا ، وفى الوسطى عشرا ، وفى السبابة اثنتى عشرة ، وفى الابهام ثلاث عشرة . قيل : ثم رجع عن ذلك .

وأصابع اليدين والرجلين سواء عندنا . واذا وجب فى الأصابع الكاملة عشر الدية وجب فى مفصلها منه ثلثه ، أى : ثلث العشر ، الا الابهام فنصفه ، أى نصف العشر ، اذ ليس لها الا مفصلان . وتجب فيما دونه ، أى دون المفصلّ ، حصته من الأرش ويقدر بالمساحة .

وقال الشيعة الامامية :

فى أصابع اليدين الدية ، وكذا فى أصابع الرجلين ، وفى كل واحدة عشر الدية . وقيل فى الابهام ثلث الدية ، وفى الأربع البواقى الثلثان بالسوية . ودية كل اصبع مقسومة على ثلاث أنامل بالسوية عدا الابهام فان ديتها مقسومة بالسوية على اثنين [3] .

وقال الاباضية :

وفى الأصابع وان من رجل وتسمى أصابع الرجل بالبنان الدية بلا تفاضل بين أصابع اليد وأصابع الرجل ، ولا بين أصابع اليد ولا بين أصابع الرجل الا ابهام يد ان قطعت من مفصل ثالث وهو المفصل الأسفل الى جهة الكف فلها ثلث دية اليد وهو ثلث نصف الدية الكاملة وذلك ستة عشر بعيرا وثلثا بعير ، ولكل من أصابع اليد أو الرجل عشرة أبعرة ، وقيل : الابهام وغيرها سواء ، وفى كل أنملة من الابهامين خمس من الابل لأنه ليس فيه الا أنملتان ، وقيل ثلاثة وثلث على أن فيه ثلاث أنامل فتعد التى تلى الكف . وليس لابهام الرجل فضل على غيرها [4] .

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى جـ١٠ ص٤٣٥ ، ٤٣٧، ٤٣٨ ، الطبعة السابقة .

(٢) شرح الازهار الطبعة الثانية مطبعة حجازى بالقاهرة جـ٤ ص٤٤٧ .

(٣) شرائع الاسلام نشر دار مكتبة الحياة ببيروت جـ٢ ص٣٠١ .

(٤) شرح النيل طبعة محمد بن يوسف البارونى جـ٨ ص٢٨ ، ٢٩ .

اِتِّبَاع

التعريف به لغة :

تبع الشيء تبعا وتباعا فى الأفعال ، وتبعت الشيء تبوعا سرت فى أثره ، واتبعه وأتبعه وتتبعه قفاه وتطلبه متبعا له ، وكذلك تتبعه وتتبعته تتبعا ، والتابع التالى ، والاتباع أن يسير الرجل وأنت تسير وراءه ، واتبع القرآن ائتم به وعمل بما فيه [١] .

وهو لا يخرج فى استعمالات الأصوليين والفقهاء عن هذا المعنى ، قال الآمدى : اتباع القول هو امتثاله على الوجه الذى اقتضاه القول ، والاتباع فى الفعل هو التأسى بعينه [٢] .

وقال الغزالى : الاتباع هو قبول قول بحجة [٣] .

اتباع الشريعة

قال تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم : « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون » [٤] .

(١) لسان العرب لابن منظور جـ٣٢ ص٢٨ طبع بيروت وترتيب القاموس المحيط جـ١ ص٢٩٦ مادة تبع الطبعة الاولى ١٩٥٩ مطبعة الاستقامة بالقاهرة .

(٢) الاحكام فى أصول الاحكام للامدى جـ١ ص٢٤٦ مطبعة المعارف بمصر سنة ١٣٣٢ هـ .

(٣) المستصفى للغزالى شرح مسلم ثبوت الطبعة الاولى بالمطبعة الاميرية ببولاق مصر سنة ١٣٢٢هـ .

(٤) سورة الجاثية : ١٨ .

فقسم الأمر بين الشريعة التى جعله هو سبحانه عليها وأوحى اليه العمل بها وأمر الأمة بها وبين اتباع أهواء الذين لايعلمون فأمر بالأول ونهى عن الثانى ، وقال تعالى : « اتبعوا ما أنزل اليكم من ربكم ولا تتبعوا من دونه أولياء قليلا ماتذكرون» [٥] .

فأمر باتباع المنزل منه خاصة ، وأعلم أن من اتبع غيره فقد اتبع من دونه أولياء [٦] .

اتباع المستفتى

قال الآمدى : المستفتى اما أن يكون عالما قد بلغ رتبة الاجتهاد أو لم يكن كذلك فان كان الأول قد اجتهد فى المسألة وأداه اجتهاده الى حكم من الأحكام فلا خلاف فى امتناع اتباعه لغيره فى خلاف ما أداه اليه اجتهاده .

وذكر أن الراجح عنده عدم الجواز ، وان لم يكن من أهل الاجتهاد فلا يخلو اما أن يكون عاميا صرفا ، لم يحصل له شيء من العلوم التى يترقى بها الى رتبة الاجتهاد ، أو أنه قد ترقى عن رتبة العامة بتحصيل بعض العلوم المعتبرة فى رتبة الاجتهاد ، فان كان الأول فقد اختلف فى جواز اتباعه بقول المفتى والصحيح أن واجبه اتباع قول المفتى ، وان كان الثانى فقد تردد أيضا فيه ، والصحيح أن حكمه حكم العامى [٧] .

(٥) سورة الاعراف : ٣ .

(٦) أعلام الموقعين لابن القيم جـ١ ص ٣٩ ، ادارة الطباعة المنيرية .

(٧) الاحكام فى أصول الاحكام للامدى جـ٤ ص ٢٧٨ وما بعدها ، الطبعة السابقة .

وقال الغزالى : العامى يجب عليه الاستفتاء واتباع العلماء وتكليفه طلب رتبة الاجتهاد محال لأنه يؤدى الى أن ينقطع الحرث والنسل وتتعطل الحرف والصنائع ويؤدى الى خراب الدنيا لو اشتغل الناس بجملتهم لطلب العلم وقد وجب على العامى ما أفتى به المفتى بدليل الاجماع كما وجب على الحاكم قبول قول الشهود ، وذلك عند ظن الصدق والظن معلوم ووجوب الحكم عند الظن معلوم ، وقال يجب على العوام اتباع المفتى اذ دل الاجماع على وجوب اتباع العامى لمفتيه [1] .

وقال ابن حزم : ان الرسول صلى الله عليه وسلم اذ أمر باتباع سنن الخلفاء الراشدين ، يكون قد أمر باتباعهم فى اقتدائهم لسنته ، وبهذا نقول ، فمن كان متبعا لهم فنيتبعهم فى هذا الذى اتفقوا عليه من ترك التقليد وفيما أجمعوا عليه من اتباع سنن النبى صلى الله عليه وسلم [2] .

وقال : انما نحرم اتباع من دون النبى صلى الله عليه وسلم بغير دليل فوجب اتباع من قام الدليل على اتباعه [3] .

وقال : وليس من اتبع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مقلدا لأنه فعل ماأمره الله تعالى به [4] (انظر : استفتاء) .

(١) المستصفى للغزالى جـ٢ ص٣٨٧ ، ٣٨٩ الطبعة السابقة .
(٢) الاحكام فى أصول الاحكام لابن حزم جـ٦ ص٧٩ مطبعة السعادة بمصر الطبعة الاولى سنة ١٣٤٥ هـ .
(٣) الاحكام لابن حزم جـ١ ص٧٠ الطبعة السابقة.
(٤) المحلى لابن حزم الظاهرى جـ١ ص٧٠ مسألة ١٠٨ ادارة الطباعة المنيرية مطبعة النهضة بمصر سنة ١٣٤٧ هـ .

اتباع السواد الأعظم

قال الغزالى : متبع السواد الأعظم ليس بمقلد بل علم بقول الرسول صلى الله عليه وسلم وجوب اتباعه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «عليكم بالسواد الأعظم» .

و « من سره أن يسكن بحبوحة الجنة فليلزم الجماعة » ، و « الشيطان مع الواحد وهو من الاثنين أبعد » ، وذلك قبول قول بحجة [5] .

وقال ابن حزم الظاهرى : عليكم بالسواد الأعظم ، رواية لا تصح وخبر لم يخرجه أحد ممن اشترط الصحيح [6] .

الفرق بين التقليد والاتباع

أكثر الأصوليين على أن الاتباع هو التقليد وعرفوا التقليد بأنه « العمل بقول الغير من غير حجة ملزمة » [7] .

وقال ابن حزم الظاهرى : أما من اعتقد قولا بغير اجتهاد أصلا لكن اتباعا لمن نشأ بينهم فهو مقلد مذموم بيقين أصاب أو أخطأ وهو آثم على كل حال ، عاص لله تعالى عز وجل بذلك ، لأنه لم يقصده من حيث أمر من اتباع النصوص [8] .

وقد فرق ابن القيم بينهما فقال ردا على من يقول بتقليد الأئمة : وان مقلديهم على هدى قطعا لأنهمسالكون خلفهم «وسلوكهم

(٥) المستصفى جـ٢ ص ٣٨٨
(٦)الاحكام لابن حزم جـ٤ ص ١٩٢ ، ١٩٤ ، ٢٠٠ ، ٢٠١ .
(٧) الاحكام للامدى جـ٤ ص٢٩٧ الطبعة السابقة .
(٨) الاحكام لابن حزم جـ٨ ص١٣٩ الطبعة السابقة .

خلفهم مبطل لتقليدهم لهم قطعا فان طريقتهم كانت اتباع الحجة والنهى عن تقليدهم ، فمن ترك الحجة وارتكب ما نهوا عنه ونهى الله ورسوله عنه قبلهم فليس على طريقتهم وهو من المخالفين لهم ، وانما يكون على طريقتهم من اتبع الحجة وانقاد للدليل ولم يتخذ رجلا بعينه سوى الرسول صلى الله عليه وسلم يجعله مختارا على الكتاب والسنة يعرضهما على قوله وبهذا يظهر بطلان قول من فهم أن التقليد اتباع . بل هو مخالف للاتباع ، وقد فرق الله ورسوله وأهل العلم بينهما كما فرقت الحقائق بينهما فان الاتباع سلوك طريق المتبع والاتيان بمثل ما أتى به [١] .

وقال أبو عبد الله بن خواز منداد البصرى المالكى : التقليد ، معناه فى الشرع الرجوع الى قول لا حجة لقائله عليه ، وذلك ممنوع منه فى الشريعة ، والاتباع ما ثبت عليه حجة .

وقال : كل من اتبعت قوله من غير أن يجب عليك قبوله بدليل يوجب ذلك فأنت مقلده والتقليد فى دين الله غير صحيح ، وكل من أوجب الدليل عليك اتباع قولة فأنت متبعه والاتباع فى الدين سائغ والتقليد ممنوع [٢] .

وللعلماء فى التقليد والأخذ به لغير المجتهد خلاف ينظر فى مصطلح (تقليد) .

(١) أعلام الموقعين لابن القيم جـ٢ ص١٣٠ الطبعة السابقة .
(٢) المرجع السابق جـ٢ ص ١٣٧ .

اتباع المأموم للامام

مذهب الحنفية :

يتحقق الاتباع عندهم بألا يكون المأموم متقدما على امامه ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس مع الامام من تقدمه » ولأنه اذا تقدم المأموم الامام يشتبه عليه حاله أو يحتاج الى النظر وراءه فى كل وقت ليتابع فلا يمكنه المتابعة ، ولأن المكان من لوازمه . ألا ترى أنه اذا كان بينه وبين الامام نهر أو طريق لم يصح لانعدام التبعية فى المكان وهذا بخلاف الصلاة فى الكعبة لأن وجهه اذا كان الى الامام لم تنقطع التبعية ولا يسمى قبله بل هما متقابلان ويشترط كذلك لتحقق التبعية اتحاد مكان الامام والمأموم لأن الاقتداء يقتضى التبعية فى الصلاة والمكان من لوازم الصلاة فيقتضى التبعية فى المكان ضرورة وعند اختلاف المكان تنعدم التبعية فى المكان فتنعدم التبعية فى الصلاة لانعدام لازمها ، ولأن اختلاف المكان يوجب خفاء حال الامام على المقتدى فتتعذر عليه المتابعة ولو كان بين الامام والمأموم حائط ذكر فى الأصل أنه يجزئه .

وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يجزئه ، وهذا فى الحاصل على وجهين :

ان كان الحائط قصيرا بحيث يتمكن كل أحد من الركوب عليه كحائط المقصورة لا يمنع الاقتداء لأن ذلك لا يمنع التبعية فى المكان ولا يوجب خفاء حال الامام ، ولو كان بين الصفين حائط ان كان طويلا وعريضا ليس فيه ثقب ، يمنع الاقتداء ، وان

كان فيه ثقب لا يمنع مشاهدة حال الامام لا يمنع بالاجماع .

وان كان الحائط كبيرا فان كان عليه باب مفتوح أو خوخة فكذلك ، وان لم يكن عليه شيء من ذلك ففيه روايتان وجه الرواية الأولى التى قال لا يصح أنه يشتبه عليه حال امامه فلا يمكنه المتابعة ، ووجه الرواية الأخرى الوجود وهو ما ظهر من عمل الناس فى الصلاة بمكة فان الامام يقف فى مقام ابراهيم صلى الله عليه وسلم وبعض الناس يقفون وراء الكعبة من الجانب الآخر فبينهم وبين الامام حائط الكعبة ولم يمنعهم أحد من ذلك فدل على الجواز [١] .

وفى الهداية وفتح القدير والعناية [٢] : وان كان — أى المصلى — مقتديا بغيره يجب عليه أن ينوى متابعته فى صلاته .

وجاء فى الفتح أيضا [٣] : اذا رفع المقتدى رأسه من الركوع قبل الامام ينبغى أن يعود ولا يصير ركوعين وكذا فى السجود . ولو رفع الامام من الركوع قبل أن يقول المقتدى سبحان ربى العظيم ثلاثا : الصحيح أنه يتابعه ولو أدركه فى الركوع يسبح ويترك الثناء وفى صلاة العيد يأتى بالتكبيرات فى الركوع .

ولو قام الامام الى ثالثة قبل أن يتم المأموم التشهد يتمه وان لم يتم وقام ليتابع الامام جاز.

وفى القعدة الثانية اذا سلم أو تكلم الامام وهو فى التشهد يتمه ولو ترك الامام القنوت وأمكن المأموم أن يقنت ويدرك الركوع قنت ، وان لم يدرك الركوع تابع الامام وترك القنوت .

وفى المبسوط للسرخسى [٤] : قال :رجل أم قوما فنسى أن يتشهد حتى قام الى الثالثة فعلى القوم أن يقوموا معه لأنهم تبع له .

وقد جاء فى الحديث : أن النبى صلى الله عليه وسلم « قام من الثانية الى الثالثة ولم يقعد فسبحوا به فسبح بهم حتى قاموا » وان كان الامام تشهد فنسى بعض من خلفه التشهد حتى قاموا جميعا فعلى من لم يتشهد أن يعود فيتشهد ثم يتبع امامه وان خاف أن تفوته الركعة الثالثة لأنه تبع للامام فيلزمه أن يتشهد بطريق المتابعة بخلاف المنفرد لأن التشهد الأول فى حقه سنة أما هنا فالتشهد فرض عليه بحكم المتابعة وهذا بخلاف ما اذا أدرك الامام فى السجود فلم يسجد معه السجدتين فانه يقضى السجدة الثانية الا اذا خاف فوات ركعة أخرى لأنه سيقضى تلك الركعة بسجدتيها ، أما هنا فانه لا يقضى هذا التشهد فعليه أن يأتى به ثم يتبع امامه .

وفى الزيلعى [٥] : يجب على المأموم سجود السهو بسهو الامام ولا يشترط أن يكون مقتديا به وقت السهو حتى لو أدرك الامام بعد ما سها يلزمه أن يسجد مع الامام تبعا له ولو دخل معه بعد ما سجد سجدة السهو يتابعه فى الثانية ولا يقضى

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى جـ١ ص١٤٥ الطبعة الاولى مطبعة شركة المطبوعات العلمية بمصر سنة ١٣٢٧ هـ .
(٢) جـ١ ص١٨٨ الطبعة الاولى بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر سنة ١٣١٥ هـ .
(٣) جـ١ ص٣٤٥ الطبعة السابقة .
(٤) جـ٢ ص١١١ طبع بمطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٤ هـ الطبعة الاولى .
(٥) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى جـ ١ ص١٩٥ الطبعة الاولى بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر ١٣١٣ هـ .

الأولى وان لم يسجد الامام لا يسجد المأموم لأنه يصير مخالفا لامامه وما التزم الأداء الا تبعا له بخلاف تكبير التشريق حيث يأتى به المؤتم ولو تركه الامام وليس على المأموم سجود سهو بسهو نفسه لأنه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب التبع أصلا لكنه يسجد للسهو لو كان مسبوقا فسها فى قضاء ما سبق به لأنه منفرد فيما يقضيه .

وجاء فى الفتاوى الهندية [١] : والمسبوق ببعض الركعات يتابع الامام فى التشهد الأخير ولو ظن أن الامام عليه سهو فسجد الامام للسهو فتابعه المسبوق فيه ثم علم أنه لم يكن عليه سهو فأشهر الروايتين أن صلاة المسبوق تفسد ، ولو قام الامام الى الخامسة فتابعه المسبوق ان قعد الامام على رأس الرابعة تفسد صلاة المسبوق .

والمسبوق يتابع الامام فى السهو ولا يتابعه فى التسليم والتكبير والتلبية فان تابعه فى التسليم والتلبية فسدت وان تابعه فى التكبير وهو يعلم أنه مسبوق لا تفسد صلاته .

ولو تذكر الامام سجدة تلاوة وعاد الى قضائها ان لم يقيد المسبوق ركعته بسجدة يرفض ذلك ويتابع الامام فيها ويسجد معه للسهو ثم يقوم الى القضاء ولو لم يعد فسدت صلاته ، ولو تابعه بعد تقييد ركعته للسجدة فسدت رواية واحدة ، وان لم يتابعه ففى رواية كتاب الأصل تفسد أيضا .

ولو تذكر الامام سجدة صلبية وعاد اليها تابعه المسبوق فيها ، وان لم يتابعه فسدت .

ولو سجد الامام للسهو لا يتابعه اللاحق قبل قضاء ما عليه بخلاف المسبوق .

والمقيم اذا اقتدى بمسافر فانه يتابع الامام فى سهوه واذا كان المأموم المقيم قام الى تمام صلاته بعد ما تشهد الامام قبل أن يسلم ثم نوى الامام الاقامة حتى تحول فرضه أربعا فان لم يقيد المأموم ركعته بالسجدة فعليه أن يعود الى متابعة الامام، وان لم يعد فسدت صلاته ، وان قيد ركعته بالسجدة فصلاته فاسدة عاد الى المتابعة أو لم يعد فى الروايات كلها . ولو سها الامام فى صلاة الخوف سجد للسهو وتابعه فيهما الطائفة الثانية .

مذهب المالكية :

اعتبر المالكية أن من شروط صحة صلاة المأموم نية اتباع امامه أولا فليس للمنفرد أن ينتقل للجماعة ولا العكس [٢] .

ومن شروط الاقتداء متابعة المأموم لامامه فى الاحرام والسلام أى بأن يفعل كلا منهما بعد فراغ الامام منه [٣] .

(١) المسماة بالفتاوى العالمكيرية جـ١ ص٩٠ ومابعدها الطبعة الثانية طبع بالمطبعة الاميرية بمصر سنة ١٣١٠هـ

(٢) شرح الخرشى على مختصر خليل وحاشيته جـ٢ ص٣٧ الطبعة الثانية طبع المطبعة الكبرى الاميرية بمصر سنة ١٣١٧ هـ .

(٣) المرجع السابق جـ ٢ ص ٤٠ الطبعة السابقة .

أما ما يفعله المأموم من حيث نقصان الامام أو زيادته ، فقد جاء فى الدردير [١] : انه اذا ترك الامام الجلوس الأول ثم رجع اليه بعد الوقوف فيجب أن يتبعه المأموم فى الرجوع .

قال فى الحاشية : لأن مأمومه يجب عليه اتباعه ، وان فات المؤتم ركوع مع امامه بأن رفع الامام رأسه من ركوعه واعتدل مطمئنا قبل انحناء المؤتم للركوع فلا يخلو من أربعة أحوال : اما أن يكون الفوات فى الركعة الأولى للمأموم سواء كانت أولى الامام أيضا أو غيرها أو كانت فى غير أولى المأموم .

واما أن يكون ذلك الفوات بعذر أوبغير عذر ، فان كان الفوات فى غير أولى المأموم اتبع الامام بأن يركع ويرفع ويسجد خلفه ما لم يرفع الامام من سجودهما الثانى فان رفع الامام منه فاتته تلك الركعة ووجب عليه اتباعه فى التى قام لها ويجلس معه ان جلس لتشهد : فان فعل ما فاته بعد رفع امامه من السجود الثانى بطلت صلاته على المعتمد ان اعتد بتلك الركعة وسواء كان الفوات لعذر أم لا ، وان كان فوات الركوع برفع امامه معتدلا فى أولى المأموم ولو كانت ثانية امامه أو ثالثته ، فان كان الفوات لعذر كسهو وازدحام بين الناس أو مرض أو اكراه أو مشى لسد فرجة فانه فى هذه الحالة لا يأتى بما فاته ويجب عليه اتباع امامه فى الحالة التى صار اليها من قيام أو جلوس لتشهد لأنه صار مسبوقا فاته الركوع فيتبع امامه فى الحالة التى هو بها ويقضى الركعة التى فاتته برفع الامام من ركوعه ، وان كان الفوات لغير عذر بل باختياره بطلت صلاته ، وان فات المؤتم سجدة فان طمع فى الاتيان بها وادراك الركوع قبل عقد امامه ركوع التى تليها سجدها ، وان لم يطمع فى الاتيان بها اتبع امامه على ما هو عليه وقضاها بعد الامام .

وان قام امام لزائدة فان كان المأموم متيقن الزيادة يجلس وجوبا ولا يتبعه ، أما من تيقن موجب الزيادة أو ظنه أو شك أو توهم فيتبع الامام فان خالفه عمدا بطلت .

وجاء فى المدونة [٢] : قلت رأيت اماما سها فصلى خمسا فتبعه قوم ممن خلفه يقتدون به وقد عرفوا سهوه ، وقوم سهوا بسهوه ، وقوم قعدوا فلم يتبعوه .

قال : يعيد من اتبعه عامدا وقد تمت صلاة الامام وصلاة من اتبعه على غير تعمد وصلاة من قعد ولم يتبعه ، ويسجد الامام ومن سها بسهوه سجدتين بعد السلام ، ويسجد معه من لم يتبعه على سهوه ولا يخالف الامام .

قال ابن القاسم : لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « انما جعل الامام ليؤتم به » ، فعلى من خلف الامام ممن لم يتبعه وقعد أن يسجد مع الامام فى سهوه وان لم يسه .

وفى الدردير [٣] : وان سجد امام سجدة واحدة وترك الثانية سهوا وقام لم يتبعه

---

(١) بلغة السالك لاقرب المسالك للصاوى على الشرح الصغير للدردير جـ١ ص١٣٣ .

(٢) المدونة الكبرى للامام مالك جـ١ ص ١٣٤ الطبعة الاولى طبع مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٣ هـ .

(٣) الدردير على الشرح الصغير جـ ١ ص ١٣٤ .

مأمومه بل يجلس ويسبح له لعله يرجع ، فان لم يرجع فانهم يسجدونها لأنفسهم ولا يتبعــونه فى تركهــا والا بطلت عليهـم ويجلسون معه ويسلمون بسلامه فاذا تذكر ورجع لسجودها فلا يعيدونها معـه عـلى الأصح وان استمر تاركها حتى سلم وطال الأمر بطلت على الامام دون المأمومين .

وجاء فى الخرشى [١] : المسـبوق مأمور باتباع الامام على الحالة التى هو فيها من ركوع أو سجود ، فاذا اتبعـه فى الركوع وتيقن ادراكه بأن مكن يديه من ركبتيه قبل رفع رأسه اعتد بتلك الركعة .

وجاء فى الخرشى أيضا [٢] : اذا لم يلحق المسبوق مع الامام من الصلاة ركعة وسجد معه للسهو عمدا أو جهلا فان صلاته تبطل لأنه ليس بمأموم وقال سحنون يتبع الامام فى سجوده القبلى لا البعدى .

وجاء فى الخرشى أيضـا [٣] : اذا أحرم الامام بالقصر للسفر ثم قام من اثنتين سهوا أو جهلا فان مأمومه يسبح به ليرجع اليهم فان تمادى لم يتبعه بل يجلس لفراغه حتى يسلم ، فاذا سلم سلم المسافر .

مذهب الشافعية :

جاء فى المهذب [٤] : ولا تصـح الجماعة حتى ينوى المأموم الجماعة لأنه يريد أن يتبع غيره فلابد من نية الاتباع فان رأى رجلين يصليان على الانفراد فنوى الائتمام بهما لم تصح صـلاته لأنه لا يمكنـه أن يقتـدى بهمـا فى وقت واحـد وان نوى الاقتداء بأحدهما بغير عينه لم تصح صلاته لأنه اذا لم يعين لم يمكنه الاقتداء به وان كان أحدهما يصلى بالآخر فنوى الاقتداء بالمأموم منهمـا لم تصـح صلاته لأنه تابع لغيره فلا يجوز أن يتبعه غيره .

وجـاء فى المهـذب أيضـا [٥] : وينبغى للمأموم أن يتبع الامام ولا يتقدمه فى شيء من الأفعال ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا واذا ركع فاركعوا ، ولا تختلفوا عليه ، فاذا قال : سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد واذا سجدفاسجدوا ولاترفعوا قبله» فان كبر قبله أو كبر معه للاحرام لم تنعقد صلاته لأنه علق صلاته بصـلاته قبـل أن تنعقد فلم تصح ، وان سبقه بركن بأن ركع قبله أو سجد قبله لم يجز ذلك ، ويلزمه أن يعود الى متابعته لأن ذلك فرض ، فان لم يفعل حتى لحقه فيه لم تبطل صلاته لأن ذلك مفارقة قليلة وان ركع قبل الامام فلما أراد الامام أن يركع رفع فلمـا أراد أن يرفع سجد فان كان عالما بتحريمـه بطلت صلاته لأن ذلك مفارقة كثيرة ، وان كان جاهلا بذلك لم تبطل صلاته .

ولا يعتد له بهذه الركعة لأنه لم يتابع الامام فى معظمها .

---

(١) شرح الخرشى على مختصر خليل وحاشيته جـ٢ ص٤٨ الطبعة السابقة .

(٢) شرح الخرشى على مختصر خليل جـ١ ص٢٣١ ، الطبعة السابقة .

(٣) المرجع السابق جـ٢ ص٦٥ الطبعة السابقة .

(٤) المهذب للشيرازى جـ١ ص٩٤ طبع مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

(٥) المرجع السابق جـ١ ص٩٦ الطبعة السابقة .

وقال فى موضع آخر [١] : وان سها الامام فى ترك فرض مثل أن يقعد والفرض أن يقوم ، أو يقوم والفرض أن يقعد لم يلزم المأموم متابعة الامام فى هذه الحالة ، انما تلزم المتابعة فى أفعال الصلاة وما يأتى به ليس من أفعال الصلاة وان كان سهوه فى ترك سنة لزمه متابعته لأن المتابعة فرض ، فلا يجوز أن يشتغل عنها بسنة فان نسى الامام التسليمة الثانية أو سجود السهو لم يتركه المأموم لأنه يأتى به وقد سقط عنه المتابعة فان نسيا جميعا التشهد الأول ونهضا للقيام ، وذكر الامام قبل أن يستتم القيام والمأموم قد استتم القيام ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يرجع لأنه قد حصل فى فرض .

والثانى : يرجع وهو الأصح لأن متابعة الامام آكد ألا ترى أنه اذا رفع رأسه من الركوع أو السجود قبل الامام لزمه العود الى متابعته وان كان قد حصل فى فرض .

وجاء فى موضع آخر [٢] : اذا سها المأموم خلف الامام لم يسجد ، وان سها الامام لزم المأموم حكم السهو لأنه لما تحمل عنه الامام سهوه لزم المأموم أيضا سهوه فان لم يسجد الامام لسهوه سجد المأموم .

وقال المزنى وأبو حفص البابشامى : لا يسجد لأنه انما يسجد تبعا للامام ، وقد ترك الامام فلم يسجد المأموم والمذهب الأول لأنه لما سها الامام دخل النقص على صلاة المأموم لسهوه فاذا لم يجبر الامام صلاته جبر المأموم صلاته .

وان سبقه الامام ببعض الصلاة وسها فيما أدركه معه وسجد معه ففيه قولان ، قال فى الأم : يعيد ، لأن الأولى فعله متابعة لامامه ولم يكن موضع سجوده ، وقال فى الاملاء والقديم : لا يعيد لأن الجبر ان حصل بسجوده فلم يعد ، وان صلى [٣] ركعة منفردا فى صلاة رباعية فسها فيه ثم نوى متابعة امام مسافر فسها الامام ، ثم قام الى رابعته فسها فيها ، ففيه ثلاثة أوجه أصحها أنه يكفيه سجدتان ، والثانى يسجد أربع سجدات لأنه سها سهوا فى جماعة وسهوا فى الانفراد ، والثالث يسجد ست سجدات لأنه سها فى ثلاثة أحوال .

وجاء فى موضع آخر [٤] : وان أدرك المأموم الامام فى القيام وخشى أن تفوته القراءة ترك دعاء الاستفتاح واشتغل بالقراءة لأنها فرض فلا يشتغل عنها بالنفل ، فان قرأ بعض الفاتحة وركع الامام ، ففيه وجهان :

أحدهما : يركع ويترك القراءة لأن متابعة الامام آكد .

وجاء فى المهذب أيضا [٥] : وان ائتم مقيم بمسافر أو بمقيم الظاهر منه أنه مسافر جاز أن ينوى القصر خلفه ، لأن الظاهر أن الامام مسافر ، فان أتم الامام تبعه فى الاتمام

(١) المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٩٦ الطبعة السابقة
(٢) المرجع السابق جـ١ ص ٩١
(٣) المرجع السابق جـ١ ص ٩٢ الطبعة السابقة .
(٤) المرجع السابق جـ ١ ص ٩٥ الطبعة السابقة .
(٥) جـ١ ص ١٠٣ الطبعة السابقة .

لأنه بان له أنه ائتم بمقيم أو بمن نوى الاتمام .

مذهب الحنابلة :

يرى الحنابلة [1] كغيرهم : وجوب متابعة المأموم للامام فى الصلاة ، فلو سبق الامام المأموم فى القراءة وركع اتبعه وقطع قراءته لأنها فى حقه مستحبة والمتابعة واجبة ولا تعارض بين واجب ومستحب بخلاف التشهد اذا سبق به الامام وسلم فلا يتابعه المأموم بل يتمه .

وان سلم المأموم قبل امامه عمدا بلا عذر تبطل صلاته لأنه ترك فرض المتابعة متعمدا .

وجاء فى المغنى لابن قدامة المقدسى [2] : ليس على المأموم سجود سهو الا أن يسهو امامه فيسجد معه ، لأن المأموم تابع للامام فاذا سها الامام فعلى المأموم متابعته فى السجود سواء سها معه أو انفرد الامام بالسهو .

واذا كان المأموم مسبوقا فسها الامام فيما لم يدركه فيه فعليه متابعته فى السجود سواء كان قبل السلام أو بعده لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «انما جعل الامام ليؤتم به ، فاذا سجد فاسجدوا » . ولأن السجود من تمام الصلاة فيتابعه فيه .

(١) كشاف القناع على متن الاقناع لابن ادريس الحنبلى جـ١ ص ٣٠٠ ، ٣٠١ وما بعدها الطبعة الاولى طبع المطبعة العامرة الشرفية سنة ١٣١٩ هـ .

(٢) المغنى جـ٢ ص٦٩٩ وما بعدها الطبعة الاولى طبع مطبعة المنار بمصر فى سنة ١٣٤١ هـ .

وجاء فى المغنى والشرح الكبير أيضا [3] : اذا سبح اثنان بسهو الامام فى الصلاة وكان يثق بقولهما لزمه قبوله والرجوع اليه بدليل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «انما أنا بشر أنسى، فاذا نسيت فذكرونى» يعنى بالتسبيح .

فان كان الامام على يقين من صوابه وخطأ المأمومين لم يجز له اتباعهم .

وقال ابو الخطاب يلزمه الرجوع الى قولهم .

قال صاحب المغنى والشرح الكبير : وليس بصحيح ، فانه يعلم خطأهم فلا يتبعهم فى الخطأ .

وقال صاحب المغنى : اذا سبح المأمومون فى موضع يلزمه الرجوع فلم يرجع بطلت صلاته ، نص عليه أحمد ، وليس للمأمومين اتباعه ، فا ناتبعوه لم يخل من أن يكونوا عالمين بتحريم ذلك أو جاهلين به ، فان كانوا عالمين بطلت صلاتهم لأنهم تركوا الواجب عمدا .

وقال القاضى : فى هذا ثلاث روايات : احداهن أنه لا يجوز لهم متابعته .

والثانية : يتابعونه فى القيام استحسانا .

والثالثة : لا يتابعونه ولا يسلمون قبله لكن ينتظرونه ليسلم بهم ، وهو اختيار ابن حامد ، والأول أولى لأن الامام مخطىء فلا يجوز اتباعه على الخطأ فان تابعوه جهلا

(٣) جـ ٢ ص ٦٧٥ الطبعة السابقة .

بتحريم ذلك فان صلاتهم صحيحة لأن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم تابعوه فى التسليم فى حديث ذى اليدين .

وجاء فى موضع آخر [١] : ان صلى مسافر خلف مسافر ونسى الامام فصلاها تامة صحت صلاته وصلاتهم ، وان علم المأموم أن قيامه لسهو فلا يجب اتباعه لأنه سهو وله مفارقته ان سبح له ولم يرجع ، فان تابعه لم تبطل الصلاة لأنهم لو فارقوا الامام وأتموا صلاتهم فمع الموافقة أولى .

وقال القاضى : تفسد صلاتهم باتباعه للزيادة عمدا ، فان لم يعلموا هل قام الامام سهوا أو عمدا لزمهم متابعته ولم يكن لهم مفارقته لأن حكم وجوب المتابعة ثابت فلا يزول بالشك .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم الظاهرى [٢] : وفرض على كل مأموم ألا يرفع ولا يركع ولا يسجد ولا يكبر ولا يقوم ولا يسلم قبل امامه ، ولا مع امامه فان فعل عامدا بطلت صلاته لكن بعد تمام كل ذلك من امامه فان فعل ذلك ساهيا فليرجع ولابد حتى يكون ذلك كله منه بعد كل ذلك من امامه وعليه سجود السهو .

برهان ذلك ما روى عن ابى موسى أنه قال : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبنا ، فبين لنا سنة الخير وعلمنا صلاتنا فقال : اذا صليتم فأقيموا صفوفكم ، ثم ليؤمكم أحدكم ، فاذا كبر فكبروا ، واذا قال « غير المغضوب عليهم ولا الضالين » فقولوا « آمين » يجبكم الله .

فاذا كبر وركع فكبروا واركعوا فان الامام يركع ويرفع قبلكم فتلك بتلك واذا كبر وسجد فكبروا واسجدوا فان الامام يسجد قبلكم ويرفع قبلكم ، فتلك بتلك ، حدثنا عبد الرحمن عن البراء بن عازب قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قال : سمع الله لمن حمده لم يحن ظهره حتى يقع النبى صلى الله عليه وسلم ساجدا ثم نقع سجودا بعده » .

وروى عن أبى هريرة رضى الله عنه أيضا أنه قال : « ان الذى يرفع رأسه قبل الامام ويخفض قبله فان ناصيته بيد الشيطان » .

وقال فى موضع آخر [٣] : ومن علم أن امامه قد زاد ركعة أو سجدة فلا يجوز له أن يتبعه عليها ، بل يبقى على الحالة الجائزة ، ويسبح بالامام ، وهذا لا خلاف فيه ، وقد قال الله عز وجل : « لا تكلف الا نفسك » [٤] .

وقال ابن حزم الظاهرى أيضا [٥] : واذا سها الامام فسجد للسهو ففرض على المؤتمين أن يسجدوا معه الا من فاتته معه ركعة

---

(١) المغنى والشرح الكبير لابن قدامة جـ٢ ص١٣١ ، ١٣٢ الطبعة السابقة .

(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى جـ ٤ ص ٦٠ ، ٦١ مسألة رقم ٤١٧ طبع ادارة الطباعة المنيرية مطبعة النهضة بمصر سنة ١٣٤٧ هـ الطبعة الاولى .

(٣) المحلى لابن حزم جـ٤ ص٥٢ مسألة رقم ٤١٤ الطبعة السابقة .

(٤) سورة النساء : ٨٤ .

(٥) المحلى لابن حزم جـ٤ ص ١٦٦ ، ١٦٧ مسألة رقم ٤٦٩ الطبعة السابقة .

فصاعدا فانه يقوم الى قضاء ما عليه فاذا أتمه سجد هو للسهو ، الا أن يكون الامام سجد للسهو قبل السلام ففرض على المأموم أن يسجدهما معه ، وان كان بقى عليه قضاء ما فاته ، ثم لا يعيد سجودهما اذا سلم ، برهان ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : سها فسجد وسجد المسلمون معه بعلمه بذلك ، وأما من عليه قضاء ركعة فصاعدا فان الامام اذا سلم فقد خرج من صلاته ولزم المأموم القضاء — أى قضاء ما فاته — . وقال عليه الصلاة والسلام ، أى فى رواية أخرى زيادة قوله فانه لم يتم صلاته بعد .

والسجود للسهو لا يكون الا فى آخر الصلاة وبعد تمامها ، بأمره عليه الصلاة والسلام بذلك ، وأما اذا سجدهما الامام قبل أن يسلم ، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انما جعل الامام ليؤتم به ، فاذا سجد فاسجدوا » ، ففرض عليه الائتمام به فى كل ما يفعله الامام فى موضعه وان كان موضعه للمأموم بخلاف ذلك ، وكذلك يفعل فى القيام والقعود والسجود .

وقال فى موضع آخر [1] : ومن وجد الامام راكعا أو ساجدا أو جالسا فلا يجوز البتة أن يكبر قائما لكن يكبر وهو فى الحال التى يجد امامه عليها ولابد، تكبيرتين ولابد ، احداهما للاحرام بالصلاة والثانية للحال التى هو فيها ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انما جعل الامام ليؤتم به » ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا » ، فأمر عليه الصلاة والسلام بالائتمام بالامام ، والائتمام به هو ألا يخالفه الانسان فى جميع عمله ، ومن كبر قائما والامام غير قائم فلم يأتم به فقد صلى بخلاف ما أمر ولا يجوز أن يقضى ما فاته من قيام أو غيره الا بعد تمام صلاة الامام لا قبل ذلك .

وقال ابن حزم الظاهرى [2] : ومن زوحم حتى فاته الركوع أو السجود أو ركعة أو ركعات ، وقف كما هو ، فان أمكنه أن يأتى بما فاته فعل ، ثم اتبع الامام حيث يدركه وصلاته تامة ولا شىء عليه غير ذلك .

فان لم يقدر على ذلك الا بعد سلام الامام بمدة قصيرة أو طويلة فعل كذلك أيضا ، وصلاته تامة والجمعة وغيرها سواء فى كل ما ذكرنا .

وقال فى موضع آخر [3] : فان صلى مسافر بصلاة امام مقيم قصر ولابد ، وان صلى مقيم بصلاة مسافر أتم ولابد ، وكل أحد يصلى لنفسه ، وامامة كل واحد منهما للآخر جائزة ولا فرق .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٤ ص ٢٦٤ مسألة رقم ٥١٠ الطبعة السابقة .

(٢) المحلى لابن حزم جـ٤ ص١٥٧ مسألة رقم ٤٦٤ الطبعة السابقة .

(٣) المرجع السابق جـ ٥ ص ٣١ ، ٣٢ مسألة رقم ٥١٨ الطبعة السابقة .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار [١] : من ائتم بامامه فانه تجب عليه متابعته فى الأركان والأذكار وفسر الأذكار فى الحاشية بقوله فى التسليم وتكبيرات العيد والاحرام والجنازة .

ومعنى المتابعة ترك المخالفة فى ذلك الا فى أمر مفسد للصلاة لو تعمد من فعل أو ترك نحو أن يزيد الامام ركعة أوسجدة أو يترك أيهما أو نحو ذلك ، فاذا فعل الامام ذلك لم تجب متابعته بل لا تجوز ، وحينئذ فيعزل المؤتم ويتم فرادى .

وفى الغيث : لو أتم من غير عزل فسدت صلاته ، ذكره المؤيد بالله ، وذكر أيضا أن المؤتم لو كان فى حال التشهد الأخير فسلم من دون عزل فسدت صلاته .

وقال فى موضع آخر [٢] : وأما المخالفة فى الأمر المفسد فى الذكر كما فى قراءة جهر فان المتابعة لا تجب هنا بل يجب على المؤتم أن يخالفه وجوبا ويسكت فى حال جهر الامام .

وهذا بناء على أن الامام يتحمل وجوب القراءة عن المؤتم فى الجهرية اذا سمعه لا فى السرية .

(١) شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار فى فقه الأئمة الأطهار جـ ١ ص ٣١٠ وما بعدها الطبعة الثانية لمطبعة حجازى بالقاهرة سنة ١٢٥٧ هـ .

(٢) المرجع السابق جـ١ ص٣١٠ ، ٣١١ الطبعة السابقة .

وقال الناصر أنه لا يتحمل فيهما ولوقرأ المؤتم فى حال جهر الامام بطلت صلاته عند الهادوية .

قال المرتضى : ولو كانت قراءته ناسيا وفى الافادة عن المؤيد بالله أن صلاة المؤتم لا تبطل بقراءته حال جهر الامام .

وجاء فى شرح الأزهار أيضا [٣] :

ومن فاتته الركعة الأولى مع الامام من أربع فلا يتشهد التشهد الأوسط وان كان يجلس مع الامام ولا يقعد فى ثانيته لأنها ثالثة الامام وفى القعود اخلال بالمتابعة الواجبة .

قال فى الحاشية : ولو قعد الامام سهوا فى الثالثة فلا يقعد معه المؤتم ، فان قعد فسدت ان لم يعزل فان عزل لم تفسد .

وقال فى موضع آخر [٤] لو فسدت صلاة الامام بأى وجه من جنون أو لحن أو حدث سهوا كان أم عمدا فلا يتابعه المأموم بل يجب عليه أن يعزل صلاته فورا أى عقيب فساد صلاة الامام ، ولا يتابعه بعد ذلك فى شىء من الصلاة ، فان تابعه فسدت ولو جاهلا .

وفى شرح الأزهار [٥] : يندب فى خطبة العيد متابعة الخطيب فى التكبير والصلاة على النبى وآله .

(٣) جـ١ ص ٣٠٢ الطبعة السابقة .

(٤) شرح الأزهار جـ١ ص ٣٠٦ الطبعة السابقة .

(٥) جـ١ ص ٣٨٣ الطبعة السابقة .

مذهب الامامية :

قال صاحب الروضة [١] : ويجب على المأموم المتابعة لامامه فى الأفعال اجماعا بمعنى ألا يتقدمه فيها بل اما أن يتأخر عنه وهو الأفضل أو يقارنه لكن المقارنة تفوت فضيلة الجماعة وان صحت الصلاة وانما أفضلها مع المتابعة .

أما الأقوال ، فقال صاحب الروضة : قطع المصنف بوجوب المتابعة فيها أيضا فى غيره وأطلق هنا بما يشمله ، وعدم الوجوب أوضح الا فى تكبيرة الاحرام فيعتبر تأخره بها ، فلو قارنه أو سبقه لم تنعقد ، وكيف تجب المتابعة فيما لا يجب سماعه ولا اسماعه اجماعا مع ايجابهم علمه بأفعاله وما ذاك الا لوجوب المتابعة فيها فلو تقدم المأموم على الامام فيما يجب فيه المتابعة ناسيا تدارك ما فعل مع الامام وعامدا يأثم ويستمر على حاله حتى يلحقه الامام والنهى لاحق لترك المتابعة لا لذات الصلاة أو جزئها .

وقال فى موضع آخر : ولا تصح الجماعة مع جسم حائل بين الامام والمأموم يمنع المشاهدة أجمع فى سائر الأحوال للامام أو من يشاهده من المأمومين ولو بوسائط منهم فلو شاهد بعضه فى بعضها كفى كما لا تمنع حيلولة الظلمة والعمى الا فى المرأة خلف الرجل فلا يمنع الحائل مطلقا مع علمها بأفعاله التى يجب فيها المتابعة ولا مع كون الامام أعلى من المأموم بالمعتد به عرفا فى المشهور [٢] .

مذهب الأباضية :

جاء فى النيل وشرحه [٣] : وشرط الاقتداء بامام النية والمتابعة يعمل كل ما يعمل الا ما يحمله عنه ويكون بعده لا معه ولا قبله .

وجاء فى موضع آخر أيضا [٤] : يجب اتباع الامام فى الأقوال غير سمع الله لمن حمده فانه لا يجب اتباعه فيه ، بل يجوز والأحسن أن يقول المأموم : ربنا ولك الحمد .

وفى الأفعال ان لم يصل جالسا وان صلى جالسا بأن كان امام عادل أو امام صلاة حدثت له العلة أو امام صلاة صلى بهم من أول جالسا على قول باجازته أى باجازة امام الصلاة قاعدا من أول الأمر أو بعد حادث فلا يجب اتباعه فى فعله الذى هو الجلوس والايماء بل يجب عليهم القيام وقيل يجلسون ولا يجلسون خلف امام الصلاة الجالس من أول .

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعى العاملى جـ ١ ص١١٨ طبع مطابع دار الكتاب العربى بمصر .

(٢) الروضة البهية جـ١ ص ١١٦ الطبعة الثانية .

(٣) شرح كتاب النيل وشفاء العليل للامام يوسف اطفيش جـ ١ ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ طبع محمد بن يوسف البارونى .

(٤) شرح النيل جـ١ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، الطبعة السابقة .

إتْلاف

اتلاف الشيء لغة : افنـاؤه ، قال فى القاموس : تلف كفرح : هلك ، وأتلفه أفناه وذهبت نفسه تلفا وطلفا أى هدرا ، ورجل مخلف متلف ومخلاف متلاف .

وفى لسـان العـرب : التلف الهـلاك والعطب وأتلف فلان ماله اتلافا اذا أفنـاه اسرافا .

والاتلاف فى اصطلاح الفقهاء هو ، كما عرفه صـاحب البـدائع : اتلاف الشيء اخراجه من أن يكون منتفعـا به منفعـة مطلوبة منه عادة [١] .

أنواع الاتلاف وأحكامه

تختلف أحكام الاتلاف باختلاف ما يرد عليه من أنواع وأحـوال اذ هو كما قال صاحب بدائع الصنائع اما أن يرد على بنى آدم أو على غيرهم ، وقال يجب الضمان فيما توفرت فيه الشروط الآتية :

١ — أن يكون المتلف مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وجلد الميتـة وغير ذلك مما ليس بمال .

٢ — أن يكون متقـوما ، فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلما أو ذميا .

٣ — أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليـه حتى لو أتلف مال انسـان بهيمـة لا ضمان على مالـكها لأن فعـل العجماء جبـار فكان هدرا ولا اتلاف من مالكها فلا يجب الضمان عليه .

٤ — أن يكون فى الوجوب فائدة فلا ضمان على المسلم باتلاف مال الحربى ولا على الحـربى باتلاف مال المسـلم فى دار الحرب ، وكذا لا ضمان على العـادل اذا أتلف مال الباغى ولا على الباغى اذا أتلف مال العادل لأنه لا فائدة فى الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمـان لانعـدام الولاية .

وتفصيلا لذلك وجمعا اجماليا لأهم ما جاءت به أمهـات كتب الفقـه للمـذاهب الثمانية : الحنفية والمالـكية والشافعيـة والحنـابلة والظاهرية والاماميـة والزيدية والاباضية فى هذا الموضوع أقول ما يجب فيه الضمان وما لا يجب من المتلفات .

اتلاف الصيد

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أنه اذا قتل المحرم صـيدا أو دل عليه قاتله فعليـه ضمانه اذا توفرت شروط الضـمان ، فان كان الاتلاف جزئيا فعليه قيمة ما نقصه الحيوان ما لم يقصـد اصلاحه فان قصد اصلاحه فلا شيء عليـه وان مات ، وكذلك الحكم على هذا البيان اذا قتل الحلال صيد الحرم أو أتلف جزءا منه ، فقد جاء فى ابن عابدين [٢] ما نصه : فان

(١) البدائع جـ ٧ ص ١٦٤ الطبعة الاولى .

(٢) جـ ٢ ص ٢٩١ طبعة ١٣٢٤ هـ .

قتل محرم صيدا أى حيوانا بريا متوحشا بأصل خلقته أو دل عليه قاتله مصدقا له غير عالم واتصل القتل بالدلالة أو الاشارة والدال أو المشير باق على احرامه وأخذه قبل أن ينفلت بدءا أو عودا سهوا أو عمدا مباحا أو مملوكا فعليه جزاؤه ولو سبعا غير صائل أو مستأنسا أو حماما أو هو مضطر الى أكله .

وجاء فى المصدر السابق [1] : ووجب بجرحه وتنف شعره وقطع عضوه ما نقص ان لم يقصد الاصلاح ، فان قصده كتخليص حمامة من سنور أو شبكة فلا شىء عليه وان ماتت .

وجاء فيه [2] : ووجبت بتنف ريشه وقطع قوائمه وكسر بيضه وخروج فرخ ميت بالكسر وذبح حلال صيد الحرم وحلب لبنه .. قيمة فى كل ما ذكر .

مذهب المالكية :

يرى المالكية ما يراه الحنفية من وجوب الضمان على المحرم اذا قتل الصيد أو أتلف جزءا منه الا أنهم يرون فى الدلالة على الصيد اساءة فقط ، ولا ضمان فيها وان أدت الى الاتلاف كما هو مشهور المذهب كما لا ضمان على المحرم فى اتلاف سباع الوحش .

فقد جاء فى التاج والاكليل للمواق [3] : قال ابن شاش : يحرم صيد البر ما أكل لحمه وما لم يؤكل لحمه من غير فرق بين أن يكون مستأنسا له أو وحشيا مملوكا أو مباحا ويحرم التعرض لأجزائه وبيضه وليرسله ان كان بيده أو رفقته فان لم يرفع يده عنه حتى مات لزمه جزاؤه .

وجاء فيه : ما قتل المحرم من الصيد فعليه جزاؤه . قال ابن شاش : ولو أكله فى مخمصة ضمنه ، وفى عدم الضمان بالدلالة ولو أدت الى اتلاف الصيد ، قال الحطاب : دلالة محرم أو حل وكذا ان أعانه بمناولة سوط أو رمح اساءة لا جزاء فيها على المشهور ، نقله فى التوضيح عن الباجى ، واقتصر صاحب المدخل على القول بوجوب سبب الجزاء على المحرم فى دلالة المحرم على الصيد وفيمن أعطى سوطه أو رمحه لمن يقتل به صيدا .

وجاء فى التاج والاكليل عن التهذيب [4] : اذا دل المحرم على صيد محرما أو حلالا فقتله المدلول عليه فليستغفر الدال ولا شىء عليه ، وفى عدم الضمان على من أتلف شيئا من سباع الوحش قال : لا بأس أن يقتل المحرم سباع الوحش التى تعدو وتفترس وان لم تبتدئه ولا يقتل صغار ولدها التى لا تعدو أو لا تفترس ، ثم قال : فله عندنا قتل الذئب والأسد والفهد والكلب العقور وكل ما يعدو .

مذهب الشافعية :

يرى الشافعية أنه يحرم على المحرم اصطياد كل صيد مأكول برى طيرا أو غيره

(١) ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٩٦ .
(٢) المرجع السابق ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ .
(٣) بهامش الحطاب جـ ٣ ص ١٧١ ، ١٧٤
(٤) جـ ٣ ص ١٧٦ ، ١٧٣ هامش الحطاب .

كما يحرم ذلك علي المحل فى الحرم فان أتلف أحدهما شيئا من ذلك ضمنه كما يضمن المحرم بالدلالة اذا كان الصيد فى يده فان لم يكن فى يده وقتله المدلول أثم الدال فقط ولا ضمان عليه .

قال فى نهاية المحتاج [1] : الخامس من المحرمات اصطياد كل صيد مأكول برى من طير أو غيره كبقر وحش وجراد وكذا متولد منه ومن غيره كمتولد بين حمار وحشى وحمار أهلى وبين شاة وظبى الى أن قال : وكذا يحرم فى الحرم على الحلال .

ثم قال : فان أتلف من حرم عليه ماذكر صيدا مما ذكر وان لم يكن مملوكا ضمنه، وقيس بالمحرم الحلال فى الحرم ، ثم قال : ولا فرق بين الناس للاحرام أو كونه فى الحرم وجاهل الحرمة .

ثم قال : ولو دل المحرم آخر على صيد ليس فى يده فقتله أو أعانه بآلة أو نحوها أثمولا ضمان ، أو بيده والقاتل حلالضمن المحرم لأن حفظه واجب عليه ولا يرجع على القاتل .

مذهب الحنابلة :

يرى الحنابلة وجوب الضمان على من أتلف صيدا فى الحرم محرما كان أو حلالا ، واتلاف جزء منه أو اتلاف بيضه مضمون بقيمته ، ويضمن اتلاف صيد الحرمبالدلالة والاشارة كما يضمن بالقتل ولا شىء بقتل صائل لم يمكن دفعه الا بذلك .

(1) جـ ٣ ص ٣٣٣ .

قال فى المغنى والشرح الكبير [2] : وصيد الحرم حرام على الحلال والمحرم .. وفيه الجزاء على من يقتله ، ويجزى بمثل ما يجزى به الصيد فى الاحرام ، وما يحرم ويضمن فىالاحرام يحرم ويضمن فى الحرم ومالا فلا .

وقال : ومن قتل وهو محرم من صيد البر عامدا أو مخطئا فداه بنظيره من النعم ان كان المقتول دابة .

وقال : وان كان طائرا فداه بقيمته فى موضعه .

وقال : وان أتلف جزءا من الصيد وجب ضمانه لأن جملته مضمونة فكان بعضه مضمونا كالآدمى والأموال .

وقال : ويضمن بيض الصيد بقيمته .

وقال فى الضمان بالدلالة أو الاشارة : ويضمن صيد الحرم بالدلالة والاشارة كصيد الاحرام والواجب عليهما جزاء واحد نص عليه أحمد ، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين كون الدال فى الحل أو الحرم .

وقال القاضى : لا جزاء على الدال اذا كان فى الحل ، والجزاء على المدلول وحده كالحلال اذا دل محرما على صيده .

مذهب الظاهرية :

قتل الصيد عند الظاهرية مبطل للحج اذا قتله عامدا ذاكرا لاحرامه وعليه الجزاء ومثله فى وجوب الجزاء المحل فى الحرم اذا

(2) جـ ٢ ص ٣٥٨ ، ٥٣٠ ، ٥٣٨ ، ٥٤٠ ، ٣٦٠ .

كان عامدا ذاكرا أنه فى الحرم ومثل ذلك الذمى ، فان انعدم شرط من ذلك فلا شيء عليه .

قال ابن حزم فى المحلى : ومن تصيد صيدا فقتله وهو محرم بعمرة أو بقران أو بحجة تمتع ما بين أول احرامه الى دخول وقت رمى جمرة العقبة أو قتله محرم أو محل فى الحرم فان فعل ذلك عامدا لقتله غير ذاكر لاحرامه أو لأنه فى الحرم أو غير عامد لقتله سواء كان ذاكرا لاحرامه أو لم يكن فلا شيء عليه لا كفارة ولا اثم وذلك الصيد جيفة لا يحل أكله ، فان قتله عامدا لقتله ذاكرا لاحرامه أو لأنه فى الحرم فهو عاص لله تعالى وحجه باطل وعمرته كذلك .

قال الله تعالى : « يأأيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ماقتل من النعم ، يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة ، أو كفارة طعام مساكين ، أو عدل ذلك صياما ، ليذوق وبال أمره ، عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه » .

وقال : وأما المتعمد لقتل الصيد وهو محرم فهو مخير بين ثلاثة أشياء أيها شاء فعله ، وقد أدى ما عليه : اما أن يهدى مثل الصيد الذى قتل من النعم ، وان شاء أطعم مساكين وأقل ذلك ثلاثة ، وان شاء نظر الى ما يشبع ذلك الصيد من الناس فصام بدل كل انسان يوما الخ .

وقال : فلو أن كتابيا قتل صيدا فى الحرم لم يحل أكله لقول الله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » ، فوجب أن يحكم عليهم بحكم الله تعالى على المسلمين [1]

اتلاف بيض النعام وغيره : لا شيء فيه ما لم يكن فيه فرخ حى ، فجزاؤه مثله ان مات .

قال فى المحلى : وبيض النعام وسائر الصيد حلال للمحرم وفى الحرم ، لأن البيض ليس صيدا ولا يسمى صيدا ولا يقتل ، وانما حرم الله تعالى على المحرم قتل صيد البر فقط ، فان وجد فيها فرخ ميت فلا جزاء له لأنه ليس صيدا ولم يقتله فان وجد فيها فرخ حى فمات فجزاؤه بجنين من مثله لأنه صيد قتله [2] .

اتلاف صيد البحر
وما ليس بصيد

لا شيء فى اتلاف صيد البحر ولا فى اتلاف ما ليس بصيد .

قال فى المحلى : « وصيد كل ما سكن الماء من البرك أو الأنهار أو البحر أو العيون أو الآبار حلال للمحرم صيده وأكله [3] .

قال : وجائز للمحرم فى الحل والحرم وللمحل فى الحرم والحل قتل كل ما ليس بصيد من الخنازير والأسد والسباع ، والقمل والبراغيث وقردان بعيره أو غير بعيره ، والحكم كذلك ، وهو القراد العظيم .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٧ ص ٢١٤ الى ٢١٩ مسألة رقم ٨٧٦ ، ٨٧٧ ، ٨٧٨ .
(٢) المحلى جـ ٧ ص ٢٣٢ مسألة ٨٨٠ .
(٣) المحلى جـ ٧ ص ٢٣٥ مسألة ٨٨٣ .

مذهب الزيدية :

يرى الزيدية أن من محظورات الاحرام قتل الصيد البرى الوحشى الا ما استثنى كما يحظر على الحلال فى الحرم فان فعل أحدهما شيئا من ذلك عن عمد وكان الصيد مأمونا وجب الجزاء سواء كان القتل مباشرة أو بسبب أودلالة أو اشارة بحيث اذا لم يفعل ذلك لما قتل فان فعل ذلك خطأ فلا جزاء فيه .

قال فى شرح الأزهار : من محظورات الاحرام قتل كل حيوان جنسه متوحش سواء كان صيدا أم سبعا كالظبى والضبع والذئب وان تأهل ، أى استأنس ، كما قد يتفق ، فانه كالمتوحش فى التحريم ، وانما يحرم قتل المتوحش بشرط أن يكون مأمون الضرر ، فأما لو خشى المحرم من ضرره جاز له قتله كالضبع حيث تكون مفترسة وعدت عليه ، وكذا الأسد ونحوه اذا خاف ضرره ، وذلك بأن يعدو عليه ، فان لم يعد لم يجز قتله وسواء قتله مباشرة أو تسبب بما لولاه لما انقتل نحو أن يمسكه حتى مات عنده أو حتى قتله غيره أو حفر له بئرا أو مد له شبكة أو يدل عليه أو يغرى به أو يشير اليه ، ولولا فعله لما صيد .

وفى هذه الوجوه كلها يلزمه الجزاء والاثم ان تعمد الا المستثنى وهى الحية والعقرب والفأرة والغراب والحدأة فان هذه أباح الشرع قتلها وسواء المحرم والحلال والا الصيد البحرى فانه يجوز للمحرم قتله وأكله ، والأهلى من الحيوانات كالحمير والخيل وكل ما يؤكل لحمه فانه لا يجب الجزاء فى قتلها لأنها غير صيد والمحرم هو الصيد ونحوه وان توحش الأهلى لم يجب الجزاء فى قتله لأن توحشه لا يصيره وحشيا ، والعبرة بالأم فان كانت وحشية فولدها وحشى وان كانت أهلية فولدها أهلى ، ويلزم الاثم والجزاء حيث قتله عمدا لا خطأ ، اذ الخطأ لا جزاء عليه، والمبتدىء والعائد فى قتل الصيد على سواء فى وجوب الجزاء عليهما ولو قتله ناسيا لاحرامه لزمه الجزاء ويجب فى بيضة النعامة ونحوها اذا كسرها المحرم صوم يوم أو اطعام مسكين [١] .

مذهب الامامية :

يحرم الامامية على المحرم وعلى المحل فى الحرم صيد الممتنع بأصله من حيوانات البر وقتلها مباشرة أو اعانة أو دلالة أو اشارة ، ويوجبون الجزاء على من فعل ذلك ولو جاهلا أو ناسيا ويلزم غير المكلف بذلك فى ماله ولو اجتمعوا على اتلاف صيد فعلى كل جزاء .

فقد جاء فى الروضة البهية [٢] :

وأما التروك المحرمة فثلاثون ، صيد البر، وضابطه الحيوان الممتنع بالاصالة فلا يحرم قتل الأنعام وان توحشت ولا صيد الضبع والنمر والصقر وشبهها من حيوان البر ولا الفأرة والحية ونحوهما ولا يختص التحريم بمباشرة قتلها بل يحرم الاعانة عليه ولو دلالة عليها واشارة اليها بأحد الأعضاء وهى أخص من الدلالة ولا فرق فى تحريمها

(١) شرح الازهار جـ ٢ من ص ٩٤ إلى ٩٦
(٢) جـ ١ ص ١٨١

على المحرم بين كون المدلول محرما ومحلا ولا بين الخفية والواضحة ، نعم ، لو كان المدلول عالما به بحيث لم يفده زيادة انبعاث عليها فلا حكم لها .

وقال [١] : وفى الحمامة — وهى المطوقة أو ما تعب الماء — شاة على المحرم فى الحل ودرهم على المحل فى الحرم على المشهور ويجتمعان على المحرم فى الحرم .

وقال [٢] : ولو أغلق على حمام وفراخ وبيض فكالاتلاف مع جهل الحال أو علم التلف فيضمن المحرم والمحل فى الحرم ولو باشر الاتلاف جماعة أو تسببوا فعلى كل فداء .

وقال [٣] : ولا كفارة على الجاهل والناسى فى غير الصيد ، أما فيه فيجب مطلقا حتى على غير المكلف بمعنى اللزوم فى ماله .

مذهب الأباضية :

المحل فى الحرم والمحرم ولو فى غير الحرم ممنوعان من صيد البر وقتله وعليهما الجزاء سواء كان القتل عمدا أو خطأ ولو دلالة عليه أو اشارة اليه .

قال فى كتاب النيل : منع المحرم والمحل من صيد الحرم .. ومن قتله وان أخطأ أو أشار اليه فأصيب أو أزمنه ولم يعلم بصحته بعد أو دل عليه أحدا أو حيوانا ففعل به شيئا مما ذكر لزمه الجزاء ولزم الاثنين ان قتلاه واحد ان اجتمعا عليه والا فعلى كل واحد يحكم به عدلان فقيهان [٤] .

(١) جـ ١ ص ٢٠٦
(٢) جـ ١ ص ٢٠٨
(٣) جـ ١ ص ٢١٣
(٤) شرح النيل جـ ١ ص ٣٣١

اتلاف نبات الحرم

مذهب الحنفية :

قال ابن عابدين فى حاشيته [٥] : اعلم أن النابت فى الحرم اما جاف أو منكسر أو اذخر أو غيرها ، والثلاثة الأول مستثناة من الضمان . وغيرها اما أن يكون أنبته الناس أولا ، والأول لا شىء فيه سواء كان من جنس ما ينبته الناس كالزرع أو لا كأم غيلان ، والثانى ان كان من جنس ما ينبتونه فكذلك والا ففيه الجزاء ، فما فيه الجزاء هو النابت بنفسه وليس مما يستنبت ولا منكسرا ولا جافا ولا اذخرا ، وما يتلف من الزرع النابت فى ملك الغير فيه قيمتان احداهما للمالك والأخرى لحق الله .

مذهب المالكية :

قال فى التاج والاكليل [٦] : وحرم بالحرم قطع ما ينبت بنفسه الا الأذخر والسنا ، قال ابن يونس : ولا يقطع أحد من شجر الحرم شيئا يبس أو لم ييبس من حرم مكة أو من المدينة ، فان فعل فليستغفر الله ولا جزاء .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج [٧] : ويحرم على محرم وحلال قطع أو قلع نبات الحرم الرطب وهذا صادق بما اذا كان القطع أو القلع على وجه الاتلاف أو لا ، مباحا كان أو مملوكا ، الذى لا يستنبت أى من شأنه ألا يستنبته الآدميون بأن ينبت بنفسه كالطرفاء شجرا أو غيره لقوله صلى الله عليه وسلم :

(٥) جـ ٢ ص ٢٩٧
(٦) الحطاب جـ ٣ ص١٧٨ ، ١٧٩ .
(٧) جـ ٣ ص ٣٤٢

« ولا يعضد شجره ولا يختلى خلاه » وهو بالقصر الحشيش الرطب وقيس بمكة باقى الحرم . الى أن قال : والأظهر تعلق الضمان به أى بقطع نبات الحرم الرطب وبقطع الأشجار من ذكر الخاص بعد العام للاهتمام .

وفى المستنبت يقول صاحب نهاية المحتاج [١] :

والمستنبت وهو ما استنبته الآدميون من الشجر كغيره فى الحرمة والضمان على المذهب وهو القول الأظهر لعموم الحديث والثانى المنع تشبيها له بالزرع أى كالحنطة والشعير والبقول والخضروات فانه يجوز قطعه ولا ضمان فيه بلا خلاف ، قاله فى المجموع .

قال : ويحل من شجر الحرم الأذخر لاستثنائه فى الحديث ومثل ذلك فى الحكم نبات البقيع .

قال صاحب نهاية المحتاج [٢] فى باب احياء الموات : ان من أتلف شيئا من نبات البقيع ضمنه على الأصح .

مذهب الحنابلة :

قال فى المغنى والشرح الكبير [٣] : يجب فى اتلاف الشجر والحشيش فى الحرم الضمان .

قال : ولأنه ممنوع من اتلافه بحرمة الحرم ، فكان مضمونا كالصيد ، والشجرة الكبيرة مضمونة ببقرة والصغيرة بشاة ، والحشيش بقيمته ، والغصن بما نقص ، ومن اتلاف الشجر فى الحرم قلعه من مكان وغرسه فى مكان آخر أدى الى يبسه فيجب الضمان .

قال فى المغنى : ومن قلع شجرة من الحرم فغرسها فى مكان آخر فيبست ضمنها لأنه أتلفها .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار [٤] : وصيد الحرمين وشجرهما يجب فيهما القيمة على من قتل الصيد أو قطع الشجر ، ويلزم الصغير والمجنون قيمة صيد الحرم وشجره اذا جنى على شىء من ذلك ، لأن الجناية تلزم غير المكلف ، وتسقط قيمة الشجرة اذا قلعها بالاصلاح لها بأن يردها الى الحرم ويغرسها فيه .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية [٥] : بعد أن قال وتجب شاة فى لبس الخفين ، قال : وقلع شجرة من الحرم صغيرة غير ما استثنى ، ولا فرق هنا بين المحرم والمحل .

وفى معنى قلعها قطعها من أصلها ، والمرجع فى الصغيرة والكبيرة الى العرف والحكم بوجوب شىء للشجرة مطلقا هو المشهور ، ومستنده رواية مرسلة .

---

(١) جـ ٣ ص ٣٤٣
(٢) جـ ٤ ص ٢٤٧
(٣) جـ ٣ ص ٣٦٨ ، ٣٦٧
(٤) جـ ٢ ص ١٠٤ ، ١٠٥
(٥) جـ ١ ص ٢١٢ ، ٢١٣

ثم قال : وفى الشجرة الكبيرة عرفا بقرة فى المشهور ويكفى فيها وفى الصغيرة كون شيء منها فى الحرم سواء كان أصلها أم فرعها ولا كفارة فى قلع الحشيش وان أثم فى غير الأذخر وما أنبته الآدمى ، ومحل التحريم فيها الاخضرار ، أما اليابس فيجوز قطعه مطلقا لا قلعه ان كان أصله ثابتا ، ويجوز تخلية الابل وغيرها من الدواب للرعى فى الحرم وانما يحرم مباشرة قطعه على مكلف محرما أو غيره .

مذهب الأباضية :

يرى الاباضية أن اتلاف شجر الحرم ونباته الرطب محرم ومضمون ، وهذا فى غير الأذخر وما يزرعه الآدمى أو يغرسه .

جاء فى شرح كتاب النيل [1] : ولا يحل وان لمحل شجر الحرم وصيده ولقطته وحلت لمعرفها ولا يحل خلاؤه وهو الرطب من النبات لا يحتش ويجوز رعيه ، وجوز الأذخر ، قيل ولزم بالدوحة بقرة وبالوسطى شاة وبقضيب درهم وبورقتها مسكين — أى اطعامه — وهذا ان لم يزرع أو يغرس .

قال : والأصل فى شجر الحرم أنه غير مستنبت ، ففيه الجزاء حتى يصح بثقة أنه مستنبت ولا يحل شجره وان أخرج للحل .

اتلاف المبيع

قد يحدث اتلاف المبيع من البائع أو من المشترى أو من أجنبى فيترتب عليه هلاكه وتلفه فاذا كان من أجنبى ضمنه بقيمته أو مثله لتعديه باتلاف مال غيره واذا كان من البائع قبل قبضه انفسخ البيع ووجب رد الثمن ان قبض وان كان من المشترى قبل قبضه عد بذلك قابضا له ولزمه الثمن ، والى هذا ذهب الحنفية [2] وفى استيفاء أحكام هذا الموضوع وتفصيلها يرجع الى مصطلح تلف المبيع فى مصطلح بيع .

اتلاف الرهن فى يد المرتهن

ان كان من أجنبى فهو اعتداء على مال الغير يوجب ضمانه بمثله أو بقيمته على حسب ما سبق بيانه ويكون بدله رهنا مكانه وكذلك ان كان من المرتهن لأن المرتهن بالنسبة اليه غير مالك فكان ذلك منه اعتداء على مال الراهن يوجب عليه ضمانه بمثله أو بقيمته وبذلك يصير المرتهن مدينا للراهن بذلك مع كونه دائنا له من قبل وفى تفرقى الدينين ، وأحكام ذلك تفصيل يرجع اليه فى أحكام اعتداء المرتهن على الرهن « مصطلح رهن » .

أما ان كان الاتلاف من الراهن فانه يعد اعتداء على مال له تعلق به حق المرتهن من ناحية أنه قد صار بعقد الرهن ضمانا لدينه وتوثيقا له ومحلا لاستيفائه منه واختصاصه به عند التنازع فوجب لذلك ضمانه ليكون ضمانه رهنا فى يد المرتهن والى هذا ذهب الحنفية [3] وفى تفصيل أحكام ذلك يرجع الى مصطلح رهن « هلاكه » .

(١) جـ ١ ص ٣٣٨

(٢) الدر المختار وحاشيته جـ ٤ ص ٦٨
(٣) الهداية جـ ٤ ص ١٠٩

اتلاف المسلط على المال

اتلاف الأجير لما فى يده من مال مؤجره :

الأجير ان كان خاصا فهو أمين فلا ضمان عليه الا بالتعدى أو بالتقصير عند جميع المذاهب ومع هذا فما يتلف من مال مؤجره بعمله يضمنه ، ان كان فيه مقصرا تجاوز الحد المألوف المعروف المأذون فيه بحكم العرف والعادة والا لم يضمن .

وفى الدر المختار : ولا يضمن الأجير الخاص ما هلك بعمله كتخريق الثوب من دقة فى القصارة الا اذا تعمد الفساد [1] .

وان كان مشتركا ضمن ما يتلف بعمله لأنه انما أذن بالعمل المصلح المؤدى الى المقصود من العقد وهو المعقود عليه حقيقة لا المؤدى الى التلف ، ألا ترى أن ذلك العمل لو حصل بفعل الغير يجب به الأجر وعلى ذلك لم يكن المفسد مأذونا فيه فيجب فيه الضمان .

وذهب زفر الى أنه لا ضمان عليه لأنه أمر بالفعل مطلقا فينتظم العمل بنوعيه المعيب والسليم كالأجير الخاص والى هذا ذهب الحنفية [2] .

وفى تفصيل أحكام هذا الموضوع وبيانها فى المذاهب يرجع الى مصطلح ضمان « أجير فى الاجارة »

(١) ابن عابدين جـ ٥ ص ٥٩ ، ٦٠

(٢) الهداية جـ ٣ ص ١٧٩

الاتلاف بالسراية

ومثالها فى الجرح حدوث مضاعفات غير منتظرة تؤدى الى التلف .

مذهب الحنفية :

قال صاحب الهداية : واذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ (البيطار ، وهو الخاص بالبهائم) ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك ، وفى الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه .

قال صاحب الهداية : ووجهه أنه لايمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتنى على قوة الطبائع وضعفها فى تحمل الألم فلا يمكن التقيد بالمصلح من العمل ، ولا كذلك دق الثوب ونحوه لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد ، فأمكن القول بالتقييد .

وقال صاحب الدر المختار : ولا ضمان على حجام وبزاغ وفصاد لم يجاوز الموضع المعتاد ، فان جاوز المعتاد ضمن الزيادة كلها اذا لم يهلك المجنى عليه وان هلك ضمن نصف دية النفس لتلفها ، بمأذون فيه وغير مأذون فيه .

ثم فرع عليه بقوله فلو قطع الختان الحشفة وبرىء المقطوع تجب عليه دية كاملة لأنه لما برىء كان عليه ضمان الحشفة وهى عضو كامل كاللسان ، وان مات فالواجب عليه نصفها لحصول تلف النفس بفعلين :

أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة ، والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فيضمن النصف [١] .

مذهب المالكية :

قال المالكية : ما يتلف بالسراية ان كان بسبب مأذون فيه ولا جهل فيه ولا تقصير فلا ضمان ، فان حدث عن جهل أو تقصير أو لم يؤذن له بمزاولة ذلك العمل وجب الضمان .

قال فى التاج والاكليل هامش الحطاب [٢] فى كتاب موجبات الضمان والنظر فى ضمان سراية الفعل ، قال ابن القاسم : لا ضمان على طبيب وحجام وخاتن وبيطار ان مات حيوان بما صنعوا به ان لم يخالفوا وضمن ماسرى كطبيب جهل أو قصر ، ومثل الطبيب الخاتن والبيطار كما يضمن لو بلا اذن معتبر .

ونقل التاج والاكليل قول المدونة : من أرسل فى أرضه نارا أو ماءا فوصل الى أرض جاره فأفسد زرعه فان كانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يوصل ذلك اليها فتحاملت النار بريح أو غيره فاحترقت فلا شىء عليه وان لم يؤمن من ذلك لقربها فهو ضامن .

مذهب الشافعية :

قال الشافعية : الاتلاف بالسراية اذا كان ناشئا عن جناية كان مضمونا ولا ضمان اذا كان بسبب مأذون فيه ولم يحدث خطأ وكان ذا علم بما يمارسه .

قال صاحب نهاية المحتاج . فان جنى عليه بتعد وهو بيد مالكه أو من يخلفه وتلف بسراية من تلك الجناية فالواجب أقصى القيمة من وقت الجناية الى التلف لأن ذلك اذاوجب فى اليد العادية ففى الاتلاف أولى [٣] .

وقال صاحب نهاية المحتاج [٤] : ومن عالج كأن حجم أو فصد باذن ممن يعتبر اذنه فأفضى الى تلف لم يضمن والا لم يفعله أحد ولو أخطأ الطبيب فى المعالجة وحصل منه التلف وجبت الدية على عاقلته وكذا من تطبب بغير علم كما قاله فى الأنوار لخبر من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن .

مذهب الحنابلة :

لا ضمان لما تلف بسبب السراية اذا حذقت الصنعة ولم يحدث تفريطوالا ضمن

قال فى المغنى والشرح الكبير [٥] : واذا فعل الحجام والختان والمتطبب ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين أحدهما أن يكونوا ذوى حذق فى صناعتهم ولهم بها خبرة ومعرفة لأنه اذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع واذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فيضمن سرايته كالقطع ابتداء ،الثانى ألا تجنى أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغى أن يقطع فاذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لأنهم قطعوا قطعا مأذونا فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الامام يد السارق فاما ان كان حاذقا وجنت يده مثل أن تجاوز قطع

(١) ابن عابدين جـ ٥ ص ٥٨
(٢) جـ ٦ ص ٣٢٠ ، ٣٢١

(٣) جـ٤ من كتاب الغصب .
(٤) جـ ٧ ص ١٨٣ ، ١٨٤
(٥) جـ ٦ ص ١٢٠ ، ١٢١

الختان الى الحشفة أو الى بعضها أو قطع فى غير محل القطع أو فى وقت لا يصلح فيه القطع وأشباه هذا ضمن فيه كله لأنه اتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبه اتلاف المال ولأن هذا فعل محرم فيضمن سرايته كالقطع ابتداء .

مذهب الزيدية :

التلف الحادث عن سراية لا ضمان فيه اذا كان الفعل معتادا وحدث من حاذق بصير .

فقد جاء فى شرح الأزهار [١] : لا أرش للسراية عن المعتاد من بصير فاذا استؤجر الخاتن أو نحوه فحصل مضرة من عمله لم يضمن بشروط ثلاثة :

الأول : أن يكون عن سراية ، فلو كانت عن مباشرة نحو أن يقطع حشفة الصبى ضمن عمدا كان أو خطأ .

الشرط الثانى : أن يفعل المعتاد ، فلو فعل غير المعتاد ضمن .

الشرط الثالث : أن يكون بصيرا ، فلو كان متعاطيا ، أى غير متدرب ، ضمن .

أو اذا كان الفعل جناية وسرت الى ذى مفصل وجب القصاص اذا توافرت شروطه وبالعكس يسقط القصاص .

قال فى شرح الأزهار [٢] : يجب القصاص بالسراية الى ما يجب فيه فلو جرح انسان فى غير مفصل ثم سرت الجناية الى ذى مفصل فأتلفته وجب القصاص ويسقط بالعكس .

(١) جـ ٣ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤
(٢) جـ ٤ ص ٣٨٧

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية [٣] : الطبيب يضمن فى ماله ما يتلف بعلاجه نفسا وطرفا لحصول التلف المستند الى فعله وان احتاط واجتهد وأذن المريض .

وقال ابن ادريس لا يضمن مع العلم والاجتهاد للاصل ولسقوطه باذنه ولأنه فعل سائغ شرعا فلا يستصحب ضمانا .

وقد روى أن أمير المؤمنين ضمن ختانا قطع حشفة غلام ولو أبرأه المعالج من الجناية قبل وقوعها فالأقرب الصحة لمسيس الحاجة الى مثل ذلك اذ لا غنى عن العلاج واذا عرف الطبيب أنه لا مخلص له عن الضمان توقف عن العمل مع الضرورة اليه فكان من الحكمة شرع الابراء دفعا للضرورة . ولرواية السكونى عن أبى عبد الله قال :

قال أمير المؤمنين : من تطبب أو تبيطر فليأخذ البراءة من وليه والا فهو ضامن ، وانما ذكر الولى لأنه هو المطالب على تقدير التلف ، فلما شرع الابراء قبل الاستقرار صرف الى من يتولى المطالبة .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل [٤] : الطبيب والختان والبيطار وخالع الضرس والحجام لا ضمان عليهم ان لم يتعدوا وان أخطأوا فالدية على العاقلة ، وفى نفس المصدر [٥] قال : ولزم طبيبا وخاتنا وحجاما وبيطارا أو نحوهم ان تلف

(٣) جـ ٢ ص ٤١٨
(٤) جـ ٥ ص ١٦٢ .
(٥) جـ ٥ ص ١٨٤

أحد بمعالجتهم قود ان زادوا على ماأمروا به فى الطب والصناعة ، وقيل لا قود بل الدية وان لم يزيدوا فلا قود ولا دية ، وقيل القود فيمن عالج الطب أو الختن أو نحو ذلك ولم يتقنه ولو لم يزد على ما أمر به .

وجاء فى شرح النيل [١] : ما فعله بمداواة أو معالجة حيث جاز له كقطع وكى وفصد وختن وبيطرة اذا أخطأ فى ذلك فنتج عنه هلاك فيلزمه الضمان لا الاثم وقيل يلزم العاقلة وقيل بيت المال وقيل فى خطأ الختان لا ضمان ولا اثم .

اتلاف المغصوب له ينظر « غصب » .

ضمان المتلفات بعد غصبها
وبيان القيمة الواجبة ووقتها

مذهب الحنفية :

قال صاحب الدر المختار [٢] : ويجب رد مثل المغصوب ان هلك وهو مثلى وان انقطع المثل بأن لا يوجد فى السوق الذى يباع فيه وان كان يوجد فى البيوت فقيمته يوم الخصومة أى وقت القضاء . وعند أبى يوسف يوم الغصب ، وعند محمد يوم الانقطاع ورجحه تهستانى ، وتجب القيمة فى القيمى يوم غصبه اجماعا .

مذهب المالكية :

جاء فى كتاب « بلغة السالك لأقرب المسالك » [٣] : وضمن الغاصب بالاستيلاء مثل المثلى وقيمة المقوم من عرض أو حيوان وقيمة ما ألحق بالمقوم من المثليات

(١) جـ ٨ ص ١١٩
(٢) ابن عابدين جـ ٥ ص ١٢٦
(٣) جـ ٢ ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

وقال : وأما الكلب غير المأذون فيه فلا قيمة له ، ومثل الغاصب من أتلفها أو عيبها . قال : أى هذه المذكورات المتقدمة . لكن فى الاتلاف يلزم القيمة بتمامها ان كان مقوما والمثل ان كان مثليا .

وقال فى نفس المصدر [٤] : الموهوب له يرجع عليه بمثل المثلى وقيمة المقوم وتعتبر القيمة يوم الجناية ، وأما الغاصب فيوم الغصب .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج [٥] : ما يأتى : تضمن نفس الرقيق بقيمته بالغة ما بلغت تلف أو أتلف تحت يد عادية ، وسائر الحيوان بالقيمة وأجزاؤه بما نقص منها ، وغير الحيوان من الأموال مثلى ومتقوم ، فيضمن المثلى بمثله ما لم يتراضيا على قيمته ، فان تعذر المثل فالقيمة .

والأصح أن المعتبر أقصى قيمة من وقت الغصب الى تعذر المثل ، أما لو كان المثل فيها مفقودا عند التلف فيجب الأكثر من الغصب الى التلف .

قال : ومقابل الأصح عشرة أوجه .

الوجه الثانى : يعتبر الأقصى من الغصب الى التلف .

والثالث من التلف الى التعذر .

والرابع : الأقصى من الغصب الى تغريم القيمة والمطالبة بها .

(٤) ص ٢٠١
(٥) جـ ٥ ص ١٦١ ، ١٦٢

والخامس : الأقصى من انقطاع المثـل الى المطالبة .

والسـادس : الأقصى من التـلف الى المطالبة .

والسابع : الاعتبار بقيمة اليـوم الذى تلف فيه المغصوب .

والثامن : بقيمة يوم الاعواز .

والتاسع : بقيمة يوم المطالبة .

والعاشر : ان كان منقطعا فى جميع البلاد فالاعتبار بقيمة يوم الاعذار ، وان فقد فى تلك البقعة فالاعتبار بيوم الحكم بالقيمـة

قال [١] : وأما المتقـوم فيضـمنه بأقصى قيمة من الغصب الى التلف ، وفى الاتلاف بقيمة يوم التلف .

مذهب الحنابلة :

قال فى المغنى والشرح الـكبير [٢] : قال القاضى : ولم أجـد عن أحمد رواية بأن المغصوبات تضـمن بأكثر القيمتين لتغيـر الأسعار ، فعلى هذا تضـمن بقيمتها يوم التلف ، رواه الجماعة عن أحمد وعنه أنها تضـمن بقيمتهـا يوم الغصب لأنه الوقت الذى أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينـئذ كما لو أتلفه .

مذهب الزيدية :

جـاء فى شرح الأزهار [٣] قـوله : واذا تلف المغصوب وجب على الغاصب فى تالف

(١) ص ١٦٥
(٢) جـ ٥ ص ٤٢١
(٣) جـ ٣ ص ٥٤٦ ، ٥٤٩

المثلى مثله ان وجد فى ناحيته ، وألا يوجد المثل فى الناحية فقيمته يوم الطلب ، وصح للغاصب تملـكه ، فان لم يصح للغاصب تملكه نحو أن يغصـب خمـرا على ذمى فقيمته تجب عليه يوم الغصب .

ثم قال : وأما اذا كان التـالف قيميـا فالواجب قيمتـه يـوم الغصب لا يـوم التلف .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهيـة قوله [٤] : « ويجب رد المغصوب ما دامت العين باقية يمكنـه ردها سواء كانت على هيئتها يوم غصبها أم زائدة أم ناقصة ، فان تعـذر رد العين لتلف ونحوه ضمنه الغاصب بالمثل ان كان المغصوب مثليا ، والا يكن مثليا فالقيمـة العليا من حين الغصب الى حين التلف .

وقيل يضمن الأعلى من حين الغصب الى حين الرد ، أى رد الواجب وهو القيمة ، وهذا القول مبنى على أن القيمى يضمـن بمثله كالمثلى ، وانما ينتقل الى القيمة عند دفعها لتعذر المثل فيجب أعلى القيم الى حين دفع القيمة لأن الزائد فى كل آن سـابق من حين الغصب مضمون تحت يده .

وقيل انما يضـمن بالقيمة يوم التلف لا غير لأن الواجب زمن بقائها انما هو رد العين والغاصب مخاطب بردها حينئذ زائدة كانت أم ناقصة من غير ضـمان شىء من النقص اجماعا . فاذا تلفت وجبت قيمـة العين وقت التلف لانتقال الحق اليها حينئذ لتعذر البدل .

(٤) جـ ٢ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣

وتقل المحقــق فى الشرائع عن الأكثر أن المعتبر القيمة يوم الغصب بناء على أنه أول وقت ضمان العين .

اتلاف مال الغيــر

اتلاف الخمر والخنزير

مذهب الحنفية :

قال صــاحب الدر المختــار [١] : خمــر المسلم وخنزيره بأن أسلم وهما فى يده اذا أتلفهما مسلم أو ذمى فلا ضمان ، وضمن المتلف المسلم قيمتهما لذمى لأن الخمــر فى حقنا قيمى حكما .

قال ابن عابدين : أما الذمى فيضمن مثل الخمر وقيمــة الخنزير ، وقال نقــلا عن الكافى : اذا أتلف المسلم الخنزير على ذمى فلا ضمان عليه عنده خلافا لهما .

مذهب الشافعية :

قال صاحب نهاية المحتاج [٢] : ولا تضمن الخمر المغصوبة ولو محترمة لذمى لانتفاء قيمتها كسائر النجاسات ولا تراق على ذمى الا أن يظهر شربها أو بيعهــا أو هبتها أو نحو ذلك ، ولو من مثله بأن يطلع عليه من غير تجسس ، وتراق عليه ، وآلة اللهــو والخنزير مثلها فى ذلك .

قال الامام : وبأن يسمع الآلة من ليس فى دارهم ، أى محلتهم ومحله حيث كانوا بين أظهرنا وان انفردوا بمحلة من البلد ، فان انفردوا ببلد أى بأن لم يخالطهم مسلم كما هو ظاهر لم نتعرض لهم وترد عليه عند أخذها ولم يظهرها ان بقيت العين لاقراره عليها ، وكذا المحترمة وهى التى عصرت لا بقصد الخمرية فشمل ما لو لم يقصــد شيئا على الأصح أو قصــد الخليــة أى صيرورتها خلا .

ثم قال المؤلف : وقولهم على الغاصب اراقة الخمر محمول على ما لو كانت بقصد الخمرية لعــدم احترامها والا فلا يجــوز اراقتها .

وقال : اذا غصبت من مسلم يجب ردها ما دامت العين باقية اذ له امساكها لتصير خلا ، أما غير المحترمة وهى ما عصر بقصد الخمرية فتراق ولا ترد عليه .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى والشرح الــكبير [٣] : وان غصب خمر ذمى لزمه ردها لأنه يقر عــلى شربها فان أتلفهــا لم يلزمه قيمتها ســواء أتلفه مسلم أو ذمى وسواء كان لمسلم أو ذمى نص عليه أحمد فى رواية أبى الحارث فى الرجل يهريق مسكرا لمسلم أو لذمى فلا ضمان عليه وكذا الخنزير .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى لابن حــزم قوله [٤] : ومن كسر اناء فضة أو ذهب فلا شىء عليه وقد أحسن ، لنهى الرسول صلى الله عليه وسلم

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١٨٢
(٢) جـ ٤ ص ١٢٢ ، ١٢٣
(٣) جـ ٥ ص ٣٧٦
(٤) جـ ٨ ص ١٤٧ مسألة ١٢٦٦

عن ذلك ، وكذلك من أهرق خمرا لمسلم أو لذمى اذ لا قيمة للخمر ، وقد حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعها وأمر بهرقها فما لا يحل بيعه ولا ملكه فلا ضمان عليه .

وقال [1] : لا يحل كسر أوانى الخمر ومن كسرها من حاكم أو غيره فعليه ضمانها لكن تهرق وتغسل الفخار .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار [2] : ويجب أن يريق خمرا رآها له أو لمسلم غيره .
قال فى الحاشية : أو لذمى غير مقرر أى اذا كان فى بلد ليس لهم سكناها ولو كان ابتداء عصرها وقع بنية الخل لكنه كشف الغطاء فوجده لم تكتمل خليته بل هو خمر فانه يلزمه اراقته ، ولو كان عصره بنية الخمر ثم لم يشاهده خمرا فانه يلزمه اراقته .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية [3] : اذا أتلف كلب الصيد ففى ذلك أربعون درهما على الأشهر ، وقيل الواجب فيه قيمته كغيره من الحيوان ، وفى كلب الحراسة عشرون درهما أو قيمته ، ولو أتلف الخنزير ضمن للذمى مع الاستتار به بقيمته عند مستحله ان أتلفه وأرشه كذلك ان أعابه وكذا لو أتلف المسلم على الذمى المستتر خمرا أو آلة لهو مع استتاره بذلك ، فلو أظهر شيئا منهما فلا ضمان على المتلف مسلما كان أم كافرا فيهما » .

مذهب الاباضية :

اتلاف خمر الذمى الذى لم يظهرها يوجب الضمان ، فان أظهرها فلا ضمان على متلفها .

جاء فى شرح النيل قوله : وان أفسد لذمى خمرا لم يظهرها فان ذلك غصب ، ويغرم له قيمتها ، وان أظهرها فلا شىء على مفسدها وليس ذلك غصبا [4] .

اتلاف النجاسات المنتفع بها

مذهب الحنفية :

قال صاحب الدر المختار [5] : وفى الأشباه الفحم واللحم ولو نيئا ، والأجر قيمى ، وفى حاشيتها لابن المصنف هنا ، وفيما يجلب التيسير معزيا للفصولين وغيره ، وكذا الصابون والسرقين والورق والابرة والاهاب والجلد والدهن المتنجس ، مضمون بالقيمة .

وقال [6] فى نفس المصدر : ولا ضمان فى ميتة ودم أصلا ولو لذمى اذ لا يدين بتمولها أحد من أهل الأديان ، وهذا فى الميتة حتف أنفها لأن ذبيحة المجوسى ومخنوقته وموقوذته يجوز بيعها عند أبى

(١) المحلى جـ ٧ ص ٥١١ مسألة ١١٠٤
(٢) جـ ٤ ص ٥٨٨
(٣) جـ ٢ ص ٤٤٩

(٤) جـ ٧ ص ٥٧
(٥) ابن عابدين جـ ٥ ص ١٢٧
(٦) ص ١٤٥

يوسف خلافا لمحمد ، فينبغى أن يجب الضمان وجزم به فى الكفاية ابن عابدين .

وقال [١] : ولا ضمان باتلاف الميتة ولو لذمى ولا باتلاف متروك التسمية عمدا ولو لمن يبيحه كشافعى لأن ولاية المحاجة ثابتة .

مذهب الشافعية :

النجاسات عندهم غير مضمونة ، قال فى نهاية المحتاج : ولا تضمن الخمر ولو محترمة لذمى لانتفاء قيمتها كسائر النجاسات ، ومثل ذلك الدهن والماء اذا تنجسا .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى [٢] ما يلى : « وان أتلف الخمر أو تلفت عنده لم يجب ضمانها ، لما روى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه » .

ولأن ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم .

وقال فى المصدر نفسه [٣] اذا أتلف جلد الميتة أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمن لعدم التقوم ، لعدم حل البيع فى هاتين الحالتين ،

وقال : وان أتلف كلبا يجوز اقتناؤه لم يغرمه .

(١) ص ١٤٦
(٢) المغنى والشرح الكبير جـ ٥ ص ٢٧٧
(٣) ص ٤٤٥

مذهب الزيدية :

قال فى شرح الأزهار [٤] : «والمتنجس وهو الذى عينه طاهرة فطرأ عليها نجاسة فهو اما متعذر الغسل ، كالمائعات من ماء وسمن ونحوها فرجس حكمه حكم نجس العين فى تحريم الانتفاع به وعدم جواز بيعه ، لكن يراق » .

قال فى الهامش : ندبا ، وقيل وجوبا ، وهذا يفيد عدم الضمان بالاتلاف .

اتلاف آلات اللهو وصليب الذمى ونحوها وطبل الغزاة ودف العرس

مذهب الحنفية :

جاء فى الدر المختار : وضمن بكسر معزف قيمته خشبا منحوتا صالحا لغير اللهو .

قال ابن عابدين : وصح بيع هذه الأشياء لأنها أموال متقومة لصلاحيتها للانتفاع بها لغير اللهو فلم تناف الضمان بخلاف الخمر فانها حرام لعينها .

وقال :وضمن اتفاقا لو كسر صليب ذمى قيمته بالغة ما بلغت لأنه مال متقوم فى حقه .

وقال : وأما طبل الغزاة والصيادين والدف الذى يباح ضربه فى العرس فمضمون اتفاقا ، ومثل ذلك كبش نطوح وحمامة طيارة وديك مقاتل حيث يجب قيمتها غير صالحة لهذا الأمر [٥] .

(٤) جـ ١ ص ٤٢ ، ٤٣
(٥) ابن عابدين جـ ٥ ص ١٨٥

مذهب المالكية :

جاء فى التاج والأكليل هامش الحطاب [1] قوله من شروط المسروق أن يكون محترما فلا قطع على سارق الخمر والخنزير ولا على سارق الطنبور من الملاهى والمزامير والعود وشبهه من آلات اللهو الا أن يكون فى قيمة ما يبقى منها بعد افساد صورتها واذهاب المنفعة المقصودة بها ربع دينار فأكثر . وهذا يفيد وجوب ضمان قيمته باتلافه .

مذهب الشافعية :

قال صاحب نهاية المحتاج « والأصنام والصلبان وآلات الملاهى كطنبور ومثلها الأوانى المحرمة لا يجب فى ابطالها شىء لأن منفعتها محرمة والمحرم لا يقابل بشىء مع وجوب ابطالها على القادر عليه ـ أما آلة لهو غير محرمة كدف فيحرم كسرها ويجب أرشها .

والأصح أنها لا تكسر الكسر الفاحش لامكان ازالة الهيئة المحرمة مع بقاء بعض المالية بل تفصل لتعود كما قبل التأليف لزوال اسمها وهيأتها المحرمة بذلك ـ والرأى الثانى لا يجب تفصيل الجميع بل بقدر ما يصلح للاستعمال ـ فان عجز المنكر عن رعاية هذا الحد فى الانكار بسبب منعه من صاحب الآلة لقوته أبطله كيف تيسر ولو باحراق تعين طريقا والا فبكسر فان أحرقها ولم يتعين غرم قيمته مكسورة بالحد المشروع لتمول رضاضها ـ أى ما تخلف عنها ـ واحترامه بخلاف ما لو جاوز الحد المشروع مع امكانه فانه لا يلزمه سوى التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع وقيمتها متهيئة الى الحد الذى أتى به . ويجرى ما تقرر من الأبطال كيف تيسر وقال العلامة شمس الدين الرملى فى كتابه نهاية المحتاج ـ ولو أتلف ديك الهراش أو كبش النطاح ضمنه غير مهارش ولا ناطح [2] .

(1) جـ ٧ ص ٣٠٧

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى والشرح الكبير [3] : ـ وان كسر صليبا أو مزمارا أو طنبورا أو صنما لم يضمنه .

مذهب الظاهرية :

وجاء فى المحلى [4] : وبيع الشطرنج والمزامير والمعازف والطنابير حلال كله ومن كسر شيئا من ذلك ضمنه الا أن يكون صورة مصورة فلا ضمان على كاسرها .

مذهب الزيدية :

قال فى شرح الأزهار [5] : يجب أن تمزق وتكسر آلات الملاهى التى لا توضع فى العادة الا لها كرقعة الشطرنج والمزمار والطنبور ونحوه وان نفعت فى مباح . فأما اذا كان معمولا للمباح والمحظور كالقدح والقارورة ونحوهما لم يجز كسرها لغير أهل الولايات ويرد من المكسور التى حصلت من آلات اللهو ماله قيمة وأما اذا كانت لا قيمة لها بعد التكسير لأجل أنه لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فلا وجه لردها الا أن يرى صاحب الولاية أخذه عليه عقوبة له على معصية جاز له ذلك ويصرفه فى المصالح .

(2) نهاية المحتاج باب الغصب جـ ٤ ص ١٢٣
(3) جـ ٥ ص ٤٤٥
(4) جـ ٩ ص ٥٥ مسألة ١٥٦٥
(5) جـ ٤ ص ٥٨٩

مذهب الامامية :

يضمن المسلم ما أتلفه من آلة لهو لذمى مستتر بها فان أظهرها فلا شيء على متلفها مسلما كان أو كافرا [١] .

١٠ ـ اتلاف الوديعة : (انظر وديعة) .
١١ ـ اتلاف اللقطة (انظر لقطة) .
١٢ ـ اتلاف اللقيط (انظر لقيط) .
١٣ ـ اتلاف الشريك (انظر شركة) .
١٤ ـ اتلاف الموقوف (انظر وقف) .
١٥ ـ اتلاف العارية (انظر عارية) .

« الاتلاف من البغاة والاتلاف عليهم » .

مذهب الحنفية :

جاء في بدائع الصنائع : قوله: [٢] من شروط وجوب الضمان أن يكون في الوجوب فائدة فلا ضمان على المسلم باتلاف مال الحربى ولا على الحربى باتلاف مال المسلم في دار الحرب وكذا لا ضمان على العادل اذا أتلف مال الباغي ولا على الباغى اذا أتلف مال العادل لأنه لا فائدة في الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية .

مذهب المالكية :

جاء فى التاج والأكليل نقلا عن المدونة [٣] ولم يضمن متأول أتلف نفسا ومالا ثم قال : والخوارج اذا خرجوا فأصابوا الدماء والأموال ثم تابوا ورجعوا وضعت الدماء عنهم ويؤخذ منهم ما وجد بأيديهم من مال بعينه وما استهلكوه لم يتبعوا به ولو كانوا أملياء لأنهم متأولون .

مذهب الشافعية :

قال فى نهاية المحتاج [٤] — وما أتلفه باغ على عادل وعكسه ان لم يكن ذلك فى القتال ولم يكن من ضرورته ضمن متلفه نفسا ومالا وقيده الماوردي بما اذا قصد أهل العدل التشفى والانتقام لا اضعافهم وهزيمتهم والا فلا ضمان لأمر العادل بقتالهم ولأن الصحابة رضى الله عنهم لم يطالب بعضهم بعضا بشيء نظرا للتأويل وفى نفس المصدر قال : والمتأول بلا شوكة لا يثبت له شيء من أحكام البغاة فحينئذ يضمن ما أتلفه ولو فى القتال كقطاع الطريق وعكسه وهو مسلم له شوكة لا بتأويل كباغ فى عدم الضمان لما أتلفه فى الحرب أو لضرورتها .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى والشرح الكبير [٥] — اذا لم يمكن دفع أهل البغى الا بقتلهم جاز قتلهم ولا شيء على من قتلهم من اثم ولا ضمان ولا كفارة لأنه فعل ما أمر به وقتل من أحل الله قتله وأمر بمقاتلته ، وكذلك ما أتلفه أهل العدل على أهل البغى حال الحرب من المال لا ضمان فيه لأنهم اذا لم يضمنوا الأنفس فالأموال أولى ثم قال : وليس على أهل البغى أيضا ضمان ما أتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى لابن حزم [٦] — قوله من تأول من أهل البغى تأويلا يخفى وجهه على

(١) الروضة البهية جـ ٢ ص ٤٤٩
(٢) جـ ٧ ص ١٦٨ الطبعة الاولى
(٣) الحطاب جـ ٦ ص ٢٧٩ باب الباغية
(٤) جـ ٧ ص ١١٦
(٥) جـ ١٠ ص ٦٠ ، ٦١ الطبعة الاولى
(٦) جـ ١١ ص ١٠٧ مسألة ٢١٥٥ الفقرة الخامسة

كثير من أهل العلم فهم معذورون حكمهم حكم الحاكم المجتهد يخطىء فيقتل مجتهدا أو يتلف مالا مجتهدا ففى الدم دية على بيت المال لا على الباغى ولا على عاقلته ويضمن المال كل من أتلفه وكذلك من تأول تأويلا خرق به الاجماع بجهالة ولم تتم عليه الحجة ولا بلغتــه . وأما من تأول تأويلا فاسـدا لا يعذر فيه فعلى من قتل القود فى النفس فما دونها والحد فيما أصاب بوطء حـرام وضمان ما استهلك من مال .. »

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار ـــ الأمام وان جاز له تضمين الظلمة فانه لا يجوز له أن ينقض لأجل التضمين ما وضـعوه من أموالهم فى قربة [1] .

مذهب الامامية :

جاء فى كتاب شرائع الاسلام [2] ـــ قوله ولو أتلف الباغى على العادل مالا أو نفسا فى حالة الحرب ضمنه .

مذهب الأباضية :

جاء فى كتاب النيل وشرحه [3] ـــ قوله : لزم الباغى ضمان المال والدم الا ان كان فعل ذلك تدينا فلا يلزم عند أصحابنا وقال : قال أصحابنا ما تلف بين أهل البغى والعدل من نفس أو مال فلا ضمان على كل واحد من الفريقين لأن الصحابة ومن معهم تقاتلوا ولم يطالب أحدهم وعن الزهرى وقعت الفتنـة العظمى بين الصحابة وهم متوافرون فأجمع

(١) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٥٥٨ .
(٢) جـ ١ ص ١٥٨ .
(٣) جـ ٧ ص ٣٤١ .

رأيهم أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهـو هدر وكل ما تلف بتأويل القرآن فلا ضمان فيه .

١٧ ـــ اتلاف النفس وما دونها من الأطراف (انظر قود ودية وأرش) .

١٨ ـــ اتلاف الجنين ـــ فى اتلاف الجناية على الجنين (انظر غرة) .

١٩ ـــ اتلاف الصبى ونحوه .

مذهب الحنفية :

يلزم كلا من الصبى والمجنـون والنـائم ضمان ما أتلفوه : قال صاحب الهداية : ـــ وان أتلف الصبى والمجنون شـيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لأن كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذى يتلف بانقلاب النائم عليه .

وقال ابن عابدين [4] ـــ لو أن ابن يوم انقلب على قارورة انسان مثلا فكسرها يجب الضمان عليه فى الحال وكذا العبد والمجنون اذا أتلف شيئا لزمهما ضمانه فى الحـال لكن ضمان العبد بعد العتق فى اتلافه المال أما فى النفس فيقتص منه فى الحال ان جنى على النفس بما يوجب القصاص ، ويدفع أو يفدى ان جنى عليها بما لا يوجب القصـاص أو جنى على الطرف عمدا أو خطأ .

وقال فى الدر المختـار نقلا عن الأشباه : الصبى المحجور مؤاخذ بأفعـاله فيضمن ما أتلفه من المال للحال واذا قتـل فالدية على عاقلته .

(٤) جـ ٥ ص ١٢٥ .

مذهب الشافعية :

ما يتلفه الصبى والمجنون مضمون عليهما نفسا أو مالا قال صاحب نهاية المحتاج [١] — فى باب قاطع الطريق : « ولا عقوبة على صبى ومجنون ومكره وان ضمنوا النفس والمال » .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل [٢] — قوله : «وجناية طفل فى دم أو مال على أبيه أو وليه ان لم يكن أبوه ولا يرجعان فى مال الطفل لأن الطفل كدابة يجب حفظه فاذا لم يحفظاه فقد ضيعا فلزمهما الغرم ولو كان له مال على الراجح — ومقابله القول بأنه يرجع فى مال الطفل ان كان فى الحين أو كان بعد وأنه ان شاء الأب أو الوالى أعطى من مال الطفل من أول مرة ان كان له مال وهو أولى من اعطائهما من مالهما ثم يأخذان من ماله » .

ما تتلفه الدواب :

مذهب الحنفية :

جاء فى الدر المختار نقلا عن الصيرفية : « حمار يأكل حنطة انسان فلم يمنعه حتى أكل قال فى البدائع الصحيح أنه يضمن وقال ابن عابدين فى حاشيته تعليقا على ذلك [٣] .

ذكر الزاهدى هذا الفرع بلفظ رأى حماره قال الخير الرملى فلو الحمار لغيره أفتيت بعدم الضمان ويستمر ابن عابدين فيقول : ولا يخفى ظهور الفرق بين حماره وحمار غيره فانه اذا كان الحمار له وتركه صار الفعل منسوبا اليه والنفع عائد عليه بخلاف حمار غيره فانه وان كان الاتلاف محققا وهو يشاهده لكنه لا ينتفع به .

وقال صاحب الدر المختار : « وان أرسل طيرا ساقه أولا أو دابة أو كلبا ولم يكن سائقا له أو انفلتت دابة بنفسها فأصابت مالا أو آدميا نهارا أو ليلا لا ضمان فى الكل لقوله صلى الله عليه وسلم « العجماء جبار » أى المنفلتة هدر قال ابن عابدين أى فعلها اذا كانت منفلتة ثم قال صاحب الدر المختار كما لو جمحت الدابة بالراكب ولم يقدر على ردها فانه لا يضمن كالمنفلتة لأنه حينئذ ليس بمسير لها فلا يضاف سيرها اليه حتى لو أتلفت انسانا فدمه هدر [٤] .

مذهب المالكية :

وما أتلفته البهائم ليلا فعلى ربها وان زاد على قيمتها . ونقل الباجى قول مالك ما أصابت الماشية بالنهار فلا ضمان على أربابها وما أصابت بالليل ضمنوه . قال أبو عمر انما يسقط الضمان نهارا عن أرباب الماشية اذا أطلقت دون راع ، وان كان معها راع فلم يمنعها فهو كالقائد والراكب والسائق ، وقد ضمن مالك القائد والسائق والراكب . وقال الباجى : من المواضع ضرب تنفرد فيه المزارع والحوائط ليس بمكان مسرح . وهذا لا يجوز ارسال المواشى فيه ، وما أفسدت فيه ليلا أو نهارا فعلى أربابها — وضرب جرت عادة الناس بارسال مواشيهم فيه ليلا أو نهارا فأحدث رجل فيه زرعا لا ضمان فيه على أهل المواشى ليلا أو نهارا.

وفى انفلات الدابة يقول صاحب التاج والاكليل على هامش الحطاب [٥] :

(١) جـ ٧ ص ١٦٢ .
(٢) جـ ٧ ص ٧٧ .
(٣) جـ ٣ ص ٤٤٠ .

(٤) ابن عابدين جـ ٥ ص ٥٣٤ .
(٥) الحطاب جـ ٦ ص ٣٢٣ .

قال ابن سلمون : « واذا عدت بهيمة على أخرى فقتلتها فلا شيء في ذلك . قال أبوعمر وكذلك اذا انفلتت ليلا أو نهارا فركبت على رجل نائم فجرحته أو قتلته لأن جرح العجماء جبار » .

مذهب الشافعية :

قال صاحب نهاية المحتاج [١] « وان كانت الدابة وحدها فأتلفت زرعا أو غيره نهارا لم يضمن من وضع يده عليها سواء أكانت بحق كمودع أم بغيره كغاصب فان كان الاتلاف ليلا ضمن اذ العادة الغالبة حفظ الزرع نهارا والدابة ليلا ، ولذا لو جرت عادة بلدبعكس ذلك انعكس الحكم أو جرت العادة بحفظهما فيهما ضمن فيهما ، والعادة محكمة .

وقال [٢] : — من كان مع دابة أو دواب فى طريق مثلا ولو مقطورة سائقا أو قائدا أو راكبا ضمن اتلافها نفسا على العاقلة ومالا فى ماله ليلا ونهارا لأن فعلها منسوب اليه وعليه تعهدها وحفظها فان كان معها سائق وقائد وراكب ضمن الراكب فان لم يكن راكب فعليهما أو ركبها اثنان فعلى المتقدم دون الرديف .

وفى انفلات الدابة : قال فى نهاية المحتاج [٣] « ولو كان راكبها يقدر على ضبطها فاتفق أنها غلبته لنحو قطع عنان وثيق وأتلفت شيئا لم يضمن على ما قاله بعضهم والمعتمد الضمان »

وقال [٤] : — ولو بالت الدابة أو راثت بطريق فتلف به نفس أو مال فلا ضمان والا لامتنع الناس من المرور ولا سبيل اليه .

واتلاف الطير والنحل لا ضمان فيه وفيما تتلفه الهرة روايتان :

قال فى نهاية المحتاج [٥] : لاضمان باتلاف الطير مطلقا لأنه لا يدخل تحت اليد ما لم يرسل المعلم على ما صار اتلافه له طبعا ، وأفتى البلقينى فى نحل قتل جملا بأنه هدر لتقصير صاحبه دون صاحب النحل لأنه لا يمكن ضبطه .

وفى الهرة يقول صاحب نهاية المحتاج [٦] — وهرة تتلف طيرا أو طعاما ان عهد ذلك منها ضمن مالكها يعنى من يؤويها لأنه كان من حقه ربطها ليكفى غيره شرها فى الأصح ليلا ونهارا وان لم يعهد ذلك منها فلا يضمن فى الأصح . والرأى الثانى لا ضمان لأن العادة أن الهرة لا تربط .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى والشرح الكبير : ـ وما أفسدت البهائم بالليل من الزرع فهومضمون على أهلها وما أفسدت من ذلك نهارا لم يضمنوه ـ ثم قال : يعنى اذا لم تكن يد أحد عليها فان كان صاحبها معها أو غيره فعلى من يده عليها ضمان ما أتلفته من نفس أو مال . وان لم تكن يد أحد عليها فعلى مالكها ضمان ما أفسدته من الزرع ليلا دون النهار .

(١) جـ ٧ ص ١٨٨ .
(٢) جـ ٧ ص ١٨٦ .
(٣) جـ ٧ ص ١٨٧ .
(٤) جـ ٧ ص ١٨٨ .
(٥) جـ ٧ ص ١٨٨ .
(٦) جـ ٧ ص ١٩٠ .

قال : وان أتلفت البهيمة غير الزرع لم يضمن مالكها ما أتلفته ليلا كان أو نهارا ما لم تكن يده عليها لأن البهيمة لا تتلف ذلك عادة فلا يحتاج الى حفظها بخلاف الزرع[١].

ويقول فى المغنى [٢] : اذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن وان لم يكن معها لم يضمن ما أكلته — وان أتلفت البهيمة شيئا وهى فى يد المستعير فضمانه على المستعير سواء أتلفت شيئا لمالكها أو لغيره لأن ضمانه يجب باليد واليد للمستعير ، وان كانت البهيمة فى يد الراعى فالضمان على الراعى .

وجاء فى المغنى ومن اقتنى كلبا عقورا فأطلقه فعقر انسانا أو دابة ليلا أونهارا أو خرق ثوب انسان فعلى صاحبه ضمان ماأتلفه لأنه مفرط باقتنائه الا أن يدخل انسان داره بغير اذنه فلا ضمان فيه لأنه متعد بالدخول متسبب بعدوانه الى عقر الكلب له . وان دخل باذن المالك فعليه ضمان لأنه تسبب الى اتلافه — وان أتلف الكلب بغير العقر مثل أن ولغ فى اناء انسان أو بال لم يضمنه مقتنيه لأن هذا لا يختص به الكلب العقور — وان اقتنى سنورا يأكل أفراخ الناس ضمن ما أتلفه كما يضمن ما أتلفه الكلب العقور وان لم يكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب اذا لم يكن عقورا [٣] .

(١) جـ ١٠ ص ٣٥٧ .

(٢) جـ ٥ المغنى ص ٤٥٥ .

(٣) المغنى والشرح الكبير جـ ١٠ ص ٣٥٨ .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى لابن حزم « لا ضمان على صاحب البهيمة فيما جنته فى مال أو دم ليلا أو نهارا لكن يؤمر صاحبه لضبطه فان ضبطه فذاك وان عاد ولم يضبطه يبع عليه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « العجماء جرحها جبار » [٤] .

وقال كذلك فى جنايات الحيوان : — القول عندنا فى هذا هو ما حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم وثبت عنه من أن العجماء جرحها جبار وعملها جبار فلا ضمان فيما أفسده الحيوان من دم أو مال لا ليلا ولا نهارا فان أتى بها وحملها على شىء وأطلقها فيه ضمن حينئذ لأنه فعله . ليلا أو نهارا قال : واما الحيوانات الضارية فقد جاءت فيها آثار — والقول عندنا ان الحيوان أى حيوان كان اذا أضر فى افساد الزرع أو الثمار فان صاحبه يؤدب بالسوط ويسجن ان أهمله فان ثقفه فقد أدى ما عليه وان عاد الى اهماله يبع عليه ولابد أو ذبح وبيع لحمه أى ذلك كان أعود عليه أنفذ عليه ذلك [٥] .

مذهب الزيدية :

يقول الزيدية : — ان الواجب على مطلق البهيمة ما جنت فورا مطلقا أى ليلا أم نهارا فى ملك أم مباح أم حق عام أم خاص فان تراخت جنايتها عن اطلاقها لم يضمن ما وقع منها بعد ذلك . وكذا الواجب على متولى الحفظ من مالك أو مستأجر أو مستعير أو

(٤) جـ ٨ ص ١٤٦ مسألة ١٢٦٥ .

(٥) المحلى جـ ١١ ص ٥ ، ٦ مسألة ٢١٠٦ .

غاصب ضمان جناية غير الكلب ليلا لأن الحفظ فى الليل واجب عليه الا الكلب فانه يرسل فى الليل ليحفظ ويربط بالنهار فينعكس الحكم فى حقه . وعلى متولى الحفظ ضمان جناية البهيمة العقور من كلب أو ثور أو فرس أو غير ذلك حيث كان مفرطا مطلقا أى ليلا أم نهارا فى مرعاها أم فى غيره . ولو جنت العقور على أحد فى ملكه أى فى ملك صاحبها على الداخل باذنه فانه يضمن فاذا لم يكن باذنه فهو متعد بالدخول فعادت الجناية كأنها من جهة نفسه لتعديه فهدرت » [١] .

قال [٢] : — وأما بولها وروثها وغلبتها على الراكب حتى لم يملك ردها بل ذهبت حيث شاءت وبطلت حكمته عليها فهدر ما جنت بأى هذه الوجوه غالبا أما ان أوقفها على شىء لتبول عليه فتهلكه فانه يضمن .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية [٣] : — قوله — ويضمن صاحب الماشية جنايتها ليلا لا نهارا على المشهور قال على عليه السلام لا يضمن ما أفسدت البهائم نهارا ويقول على صاحب الزرع حفظه وكان يضمن ما أفسدته ليلا وروى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم .

ومنهم وهم جلة المتأخرين من اعتبر التفريط فى الضمان مطلقا ليلا ونهارا والحق أن العمل ليس على هذه الرواية بل على اجماع الأصحاب ولما كان الغالب حفظ الدابة ليلا وحفظ الزرع نهارا أخرج الحكم عليه وليس فى حكم المتأخرين رد لقول القدماء وكيف كان فالأقوى اعتبار التفريط وعدمه .

(١) شرح الازهار جـ ٤ ص ٤٤١ .
(٢) جـ ٤ ص ٤٢٧ من شرح الازهار .
(٣) جـ ٢ ص ٤٤٩ ، ٤٥٠ .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل [٤] قوله : — يضمن مطلق مواشيه ان أكلت شجرا أو زرعا أو نحوهما أو أفسدت ذلك أو غيره لأحد وقيل لا يضمن ما فعلت من ذلك نهارا الا ان تعمد فوجهها الى ذلك قال صلى الله عليه وسلم « جرح العجماء جبار » أى جرح الدابة مهدور فقيل ذلك اذا خرجت عن طاقة من هى بيده والا ضمن ما أكلت ليلا أو نهارا وقيل لا يضمن ما فعلت نهارا لقوله صلى الله عليه وسلم .. على صاحب الطعام حفظ طعامه نهارا وعلى صاحب الدابة حفظها ليلا .

« الاتلاف بالمبارزة والتصادم والتجاذب »

مذهب الحنفية :

نقل ابن عابدين ماجاء فى جامع الفصولين قال : وقعت فى بخارى واقعة وهى رجل قال لآخر ارم السهم الى حتى آخذه فرمى اليه فأصاب عينه فذهبت لم يضمن كما لو قال له اجن على فجنى وهكذا أفتى بعض المشايخ به . وقاسوه على ما لو قال : اقطع يدى . وقال صاحب المحيط : الكلام فى وجوب القود ولا شك أنه تجب الدية فى ماله لأنه ذكر فى الكتاب : لو تضاربا بالوكز فذهبت عين أحدهما يقاد لو أمكن لأنه عمد . وان قال كل منهما لآخر اضرب اضرب وكذا لو بارزا على وجه الملاعبة أو التعليم فأصابت الخشبة عينه فذهبت يقاد ان أمكن وقال

(٤) جـ ٧ ص ٧٩

العلامة الرملى فى حاشيته عليه أقول فى المسألة قولان قال فى مجمع الفتاوى ولو قال كل واحد لصاحبه اضرب اضرب . ووكز كل منهما صاحبه وكسر سنه فلا شىء عليه بمنزلة ما لو قال اقطع يدى فقطعها كذا فى الخانية والذى ظهر فى وجه ما فى الكتاب أنه ليس من لازم قوله اضرب اضرب . اباحة عينه لاحتمال السلامة مع المضاربة بالوكزة كاحتمالها مع رمى السهم فلم يكن قوله ارم السهم الى قوله اضرب اضرب صريحا فى اتلاف عضوه بخلاف قوله اقطع يدى أو اجن على فلم يصح قياس الواقعة عليه ، والمصرح به ان الأطراف كالأموال يصح الأمر فيها [1] .

وفى الاتلاف بالتصادم والتجاذب قال صاحب الدر المختار « وضمن عاقلة كل فارس أو راجل دية الآخر ان اصطدما وماتا منه فوقعا على القفا لو كانا حرين غير عامدين ، ولو كانا عبدين أو وقعا على الوجه يهدر دمهما ... ولو كانا عامدين فعلى كل نصف دية الآخر ، ولو دفع أحدهما على وجهه هدر دمه فقط ... كما لو تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقطا على القفا وماتا هدر دمهما لموت كل بقوة نفسه فان وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لموته بقوة صاحبه فان تعاكسا بأن وقع أحدهما على القفا والآخر على الوجه فدية الواقع على الوجه على عاقلة الآخر لموته بقوة صاحبه وهدر دم من وقع على القفا لموته بقوة نفسه ... ولو قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل منهما على القفا فمات فديتهما على عاقلة القاطع لتسببه بالقطع [2] .

مذهب المالكية :

جاء فى التاج والاكليل [3] : وان تصادما أو تجاذبا مطلقا قصدا فماتا أو أحدهما فالقود — قال مالك : اذا اصطدم فارسان فمات الفرسان والراكبان فدية كل واحد على عاقلة الآخر وقيمة فرس كل واحد فى مال الآخر.

وقال مالك فى السفينتين تصطدمان فتغرق احداهما بما فيها فلا شىء فى ذلك على أحد لأن الريح تغلبهم الا أن يعلم ان النواتية لو أرادوا صرفها قدروا فيضمنوا والا فلا شىء عليهم . وقال ابن الحاجب لو اصطدم فارسان عمدا فأحكام القصاص والا فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر ثم قال فان اصطدم سفينتان فلا ضمان بشرط العجز عن التصرف والمعتبر العجز حقيقة لا لخوف غرق أو ظلمة .

وقال ابن شاش : ولو تجاذبا حبلا فانقطع فتلف فكاصطدامهما وان وقع أحدهما على شىء فأتلفه ضمناه .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى والشرح الكبير [4] : واذا اصطدم الفارسان فماتت الدابتان ضمن كل واحد منهما قيمة دابة الآخر — وجملته أن على كل واحد من المصطدمين ضمان ما تلف من الآخر من نفس أو دابة أو مال سواء كانا مقبلين أو مدبرين فان كان أحدهما يسير والآخر واقف فعلى السائر قيمة دابة الواقف لأن السائر هو الصادم المتلف فكان

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٨٣ .

(٢) ابن عابدين جـ ٥ ص ٥٣٢ ، ٥٣٣ .
(٣) بهامش الحطاب جـ٦ ص٢٤٣ .
(٤) جـ ١٠ ص ٣٥٩ .

الضمان عليه وان مات هو أو دابته فهو هدر لأنه أتلف نفسه ودابته .

وقال : « وان تصادم نفسان عشيان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر » .

قال [١] : ولا فرق بين البصيرين والأعميين والبصير والأعمى .. وان كانتا امرأتين حاملتين فهما كالرجلين فان أسقطت كل واحدة منهما جنينا فعلى كل واحدة نصف ضمان جنينها ونصف ضمان جنين صاحبتها لأنهما اشتركتا فى قتله وعلى كل واحدة منهما عتق ثلاث رقاب واحدة لقتل صاحبتها واثنتان لمشاركتهما فى الجنين .

وفى تصادم السفينتين قال :

واذا وقعت السفينة المنحدرة على الصاعدة فغرقتا فعلى المنحدرة قيمة السفينة الصاعدة أو أرش ما نقصت ان أخرجت الا أن يكون قيم المنحدرة غلبته الريح فلم يقدر على ضبطها [٢] وان كانت احدى السفينتين قائمة والأخرى سائرة فلا ضمان على الواقفة وعلى السائرة ضمان الواقفة ان كان مفرطا ولا ضمان عليه ان لم يفرط [٣] .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم فى كتابه المحلى بعد أن بين حكم المقتتلين [٤] .

وأما المصطدمان راجلين أو على دابتين أو السفينتان يصطدمان فان السفينتين اذا اصطدمتا بغلبة ريح أو غفلة فلا شىء فى ذلك لأنه لم يكن من الركبان فى ذلك عمل أصلا ولم يكسبوا على أنفسهم شيئا . وأموالهم وأموال عواقلهم محرمة الا بنص أو اجماع . فان كانوا تصادموا وحملوا وكل أهل سفينة غير غارقة بمكان الأخرى لكن فى ظلمة لم يروا شيئا فهذه جناية والأموال مضمونة لأنهم تولوا افسادها وقال تعالى : « وجزاء سيئة سيئة مثلها [٥] » .

وأما الأنفس فعلى عواقلهم كلهم لأنه قتل خطأ وان كانوا تعمدوا فالأموال مضمونة كما ذكرنا وعلى من سلم منهم القود أو الدية كاملة . والقول فى الفارسين أ والراجلين يصطدمان كذلك وكذلك أيضا الرماة بالمنجنيق تقسم الدية عليه وعليهم وتؤدى عاقلته وعاقلتهم ديته سواء وكذلك القول فى المتصارعين والمتلاعبين ولا فرق .

وأما من سقط من علو على انسان فماتا جميعا أو مات الواقع أو الموقوع عليه فان الواقع هو المباشر لاتلاف الموقوع عليه بلاشك وبالمشاهدة لأن الوقعة قتلت الموقوع عليه ولم يعمل الموقوع عليه شيئا فدية الموقوع عليه ان هلك على عاقلة الواقع ان لم يتعمد الوقوع عليه لأنه قاتل خطأ فان تعمد فالقود واقع عليه ان سلم أو الدية وكذلك الدية فى ماله ان مات الموقوع عليه قبله. فان ماتا معا أو مات الواقع قبله فلا شىءفىذلك لما ذكرنا من أن الدية انما تجب بموت المقتول المجنى عليه لا قبل ذلك [٦] .

---

(١) جـ ١٠ ص ٣٥٩ ، ٣٦٠ .
(٢) ص ٣٦١ . .
(٣) ص ٣٦٢ .
(٤) جـ ١٠ ص ٥٠١ مسألة ٢٠٨٧
(٥) سورة الشورى آية ٤٠ .
(٦) المحلى جـ ١٠ ص ٥٠٢ ، ٥٠٣ ، ٥٠٤ .

مذهب الامامية :

جاء فى الروضة البهية قوله [١] :

« والصادم لغيره يضمن فى ماله دية المصدوم لاستناد التلف اليه مع قصده الفعل ولو مات الصادم فهدر لموته بفعل نفسه ان كان المصدوم فى ملكه أو مباح أو طريق واسع — ولو وقف المصدوم فى موضع ليس له الوقوف فيه فمات الصادم بصدمه ضمن المصدوم الصادم لتعديه بالوقوف فيما ليس له الوقوف فيه . اذا لم يكن له أى للصادم مندوحة فى العدول عنه كالطريق الضيق . قال : ولو تصادم حران فماتا فلورثة كل واحد منهما نصف ديته ويسقط النصف لاستناد موت كل منهما الى سببين : أحدهما من فعله والآخر من غيره فيسقط ما قابل فعله وهو النصف ولو كانا فارسين كان على كل منهما نصف قيمة فرس الآخر مضافا الى نصف الدية » .

اتلاف مرخص فيه .

قال صاحب الدر المختار فى كتاب الاكراه — ويرخص للمكره اتلاف مال مسلم أو ذمى بقتل أو قطع ويؤجر لو صبر انظر (اكراه) .

اتلاف بعض ما فى السفينة لتنجو من الغرق

مذهب الحنفية :

قال صاحب الدر المختار فى كتاب القسمة « ولو خيف الغرق فاتفقوا على القاء أمتعة فالغرم بعدد الرءوس لأنها لحفظ الأنفس » .

قال ابن عابدين فى حاشيته « يفهم منه أنهم اذا لم يتفقوا على الالقاء لا يكون كذلك بل على الملقى وحده وبه صرح الزاهدى فى حاويه . قال رامزا أشرفت السفينة على الغرق فألقى بعضهم حنطة غيره فى البحر حتى خفت يضمن قيمتها فى تلك الحال أى يضمن قيمتها مشرفة على الغرق .. ثم قال الرملى : ويفهم منه أنه لا شىء على الغائب الذى له مال فيها ولم يأذن بالالقاء فلو أذن بأن قال اذا تحققت هذه الحالة فألقوا اعتبر اذنه .

قال ابن عابدين نقلا عن الرملى على الأشباه وأقره الحموى . يجب تقييد القول بأن الغرم بعدد الرءوس بما اذا قصد حفظ الأنفس خاصة كما يفهم من تعليله . أما اذا قصد حفظ الأمتعة فقط كما اذا لم يخش على الأنفس وخشى على الأمتعة بأن كان الموضع لا تغرق فيه الأنفس وتتلف فيه الأمتعة فهى على قدر الأموال . واذا خشى على الأنفس والأموال فألقوا بعد الاتفاق لحفظهما فعلى قدرهما . فمن كان غائبا وأذن بالالقاء اذا وقع ذلك اعتبر ماله لا نفسه ومن كان حاضرا بماله اعتبر ماله ونفسه ومن كان بنفسه فقط اعتبر نفسه فقط [٢] .

مذهب الشافعية :

قال صاحب نهاية المحتاج [٣] : « ولو أشرفت سفينة بها متاع على غرق وخيف غرقها بما فيها جاز عند توهم النجاة طرح متاعها حفظا للروح . ويجب طرح ذلك لرجاء نجاة الراكب بشرط اذن المالك فى حالة

(١) جـ ٢ ص ٤٢٠

(٢) جـ ٥ ص ١٨٨ .

(٣) جـ ٧ ص ٨٩ .

الجواز دون الوجوب . فان طرح ملك غيره ولو في حالة الوجوب بلا اذن له فيه ضمنه كآكل مضطر طعام غيره بغير اذنه ، وهـذا لا ينافيه عدم الاثم لأن الاثم وعدمه يتسامح فيهما ما لا يتسامح في الضمان ، وان طرحه باذن مالكه فلا يضمنه .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنـابلة أنه : ــ ان خيـف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متـاعه لتخف وتسلم من الغرق لم يضمنه أحد لأنه أتلف متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاح غيره ، وان ألقى متاع غيره بغير أمرهضمنه وحده ، وان قال لغيره ألق متاعك فقبل منه لم يضمنه له لأنه لم يلتزم ضمانه ، وان قال ألقه وأنا ضامن له أو وعلىقيمته لزمهضمانه له لأنه أتلف ماله بعوض لمصـلحة فوجب له العوض على من التزمه » [١] .

وقال في نفس المصدر : واذا خرق سفينة فغرقت بما فيها وكان عمدا وهو مما يغرقها غالبا ويهلك من فيها لكونهم في اللجـة أو لعدم معرفتهم بالسباحة فعليـه القصاص ان قتل من يجب القصاص بقتله وعليـه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس ، وان كان خطأ فعليه ضمان العبيـد ودية الأحرار على عاقلته .

مذهب الظاهرية :

جاء في المحلى لابن حزم [٢] قوله : ــ فان هال البحـر وخافوا العطب فليخففوا الأثقل فالأثقل ولا ضمان فيه على أهل المركب لأنهم مأمورون بتخليص أنفسهم ، واما من رمى الأخف وهو قادر على رمى الأثقل فهو ضامن لما رمى من ذلك لا يضمنه معه غيره ولا يرمى حيوان الا لضرورة يوقن معها بالنجاة برميه ولا يلقى انسان أصلا لا مؤمن ولا كافر لأنه لا يحل لأحد دفع ظلم عن نفسه بظلم من لم يظلمه والمانع من القاء ماله المثقـل للسفينة ظالم لمن فيها فدفع الهلاك عن أنفسهم بمنعه من ظلمهم فرض .

مذهب الأباضية :

جاء في شرح النيل [٣] قوله : سفينة كريت لقوم فغرقت يضمن ربها ان دلس بها أو جهل سياسة البحر والا فالماء عدوقاهر في الاهلاك فان أصـيبت من فوقها بنحو ريح أو ماء أو ضرها الحوت بلا تفريط منه فلاضمان عليه.

قال : وللقوم ان انكسرت أن يأخذوا من ألواحها وأعوادها ما يركبـونه وينجون به أنفسهم من الموت ، وان خافوا غرقا خففوا بالقاء بعض المال بشراء من ربه باتفاقهم على المال وعلى الرءوس .

ومن ألقى ماله بلا مشورتهم فمتبرع به وغرمه وحده ان كان لغيره ولا يلقونانسانا ولو مشركا معاهدا .

(١) المغنى والشرح الكبير جـ ١٠ ص ٣٦٣ .
(٢) جـ ٨ ص ٢٠٠ مسألة ١٣٢١ .
(٣) جـ ٥ ص ١٧٠ .

إثبات

تعريف الاثبات :
في اللغة :

في المصباح : ثبت الشيء يثبت ثبوتا : دام واستقر ، فهو ثابت . وثبت الأمر : صح . ويتعدى بالهمزة والتضعيف. وثَبُت في الحرب فهو ثبيت مثل قرب فهو قريب ، والاسم ثَبَت ، ومنه قيل للحجة ثَبَت .

وفي المختار : ثبت الشيء من باب دخل وثباتا أيضا . وأثبته غيره وثبته .

وتقول : لا أحكم بكذا الا بثَبَت ، أى الا بحجة .

فالاثبات على هذا تقديم الثَّبَت ، أى الحجة كالاتحاف تقديم التُّحفة .

في الاصطلاح :

يؤخذ من استعمال الفقهاء أن الاثبات بمعناه العام : اقامة الدليل على حق أو على واقعة من الوقائع ، وبمعناه الخاص : اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التى حددتها الشريعة على حق أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار .

آراء الفقهاء في الحجج الشرعية التى تثبت بها الدعوى

للعلماء في بيان الحجج الشرعية التى تثبت بها الدعوى طريقان :

الأول : حصر طرق الاثبات في طائفة معينة من أدلة يتقيد بها الخصوم فلا يقبل منهم غيرها . ويتقيد بها القاضى فلا يحكم الا بناء عليها ، وهذا هو رأى الجمهور من العلماء .

جاء في الدر المختار وحاشية رد المحتار لابن عابدين : أن طرق القضاء سبعة : البينة ، والاقرار ، واليمين ، والنكول عنه ، والقسامة ، وعلم القاضى ، والقرينة الواضحة التى تصير الأمر في حيز المقطوع به [1] .

والثانى : عدم تحديد طرق معينة للاثبات يتقيد بها الخصوم أو القاضى . بل للخصوم أن يقدموا من الأدلة مايستطيعون به اقناع القاضى بصحة دعواهم . وللقاضى أن يقبل من الأدلة ما يراه منتجا في الدعوى ومثبتا لها ، ومن أكبر أنصار هذا الرأى ، العلامة ابن القيم ، فقد قال [2] : « اذا ظهرت أمارات العدل ، وأسفر وجهه بأى طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين وليست مخالفة له » .

ومع اتفاق جمهور العلماء على حصر طرق الاثبات في طائفة معينة من الأدلة فانهم لم يتفقوا على أنواع هذه الأدلة ، فبعضهم يعتبر كلا من اليمين والنكول عنه طريقا للقضاء ، وبعضهم لا يعتبره طريقا له .. وقد يتفقون على اعتبار نوع من الأدلة طريقا للقضاء ، ولكنهم يختلفون في نطاق الاستدلال به كشهادة الشاهدين رجلين أو

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٦٢ ، ٦٥٣ طبع المطبعة الاميرية .

(٢) الطرق الحكيمة ص ١٦ طبع مطبعة مصر سنة ١٣٦٠ هـ .

رجل وامرأتين ، أجمعوا على أنها طريق للقضاء ، ولكنهم اختلفوا : هل تكون فى مسائل الأموال والمعاملات فقط أو فيما عدا الحدود والقصاص من الأموال والنكاح والطلاق .

والأدلة التى تردد ذكرها فى كتب الفقه كطرق للقضاء أو أدلة يمكن اثبات الدعوى بها بين متفق عليه ومختلف فيه منها ، هى :

الاقرار ، والشهادة ، واليمين ، والشاهد واليمين ، والنكول ، وعلم القاضى ، والقرينة ، والخط والقسامة ، والقيافة ، والقرعة ، والفراسة .

وسنتكلم على كل واحد منها بالترتيب الذى أوردناه .

الاقــرار

الاقرار : اخبار الشخص بثبوت حق للغير على نفسه ولو كان هذا الحق سلبيا ، أى بطريق النفى كاقراره بأن لا حق له على فلان ، فانه يثبت للمقر له على المقر حق عدم مطالبته بشىء من الحقوق .

مذهب الحنفية :

والاقرار عند الحنفية : يكون باللفظ وبالاشارة المفهمة من غير القادر على التلفظ كالأخرس ومعتقل اللسان اذا طال أمده وثبتت له اشارة ، وبالكتابة ، وبالسكوت كسكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد الولادة يكون اقرارا منه بنسبه ، وسكوت الزوجة والولد والأجنبى عند بيع العقار بحضرته ، يكون اقرارا من الساكت بملكية البائع للعقار المبيع حتى لا تسمع منه دعوى ملكية هذا العقار على المشترى بعد ذلك [١] .

مذهب المالكية :

وعند المالكية : يكون الاقرار باللفظ أو ما يقوم مقامه كالاشارة المفهمة من الأبكم والمريض ، والكتابة فى صحيفة أو لوح أو خرقة أو على الأرض ، والسكوت كسكوت غريم الميت عند بيع التركة أمامه ، لا يقبل منه ادعاء الدين فى التركة بعد ذلك الا أن يكون له عذر [٢] .

مذهب الشافعية :

وعند الشافعية : يكون الاقرار باللفظ والكتابة عند من يجوز الاعتماد عليها ، وبالاشارة من الأخرس والمريض العاجز عن الكلام [٣] .

مذهب الحنابلة :

وعند الحنابلة : يكون الاقرار باللفظ والكتابة وبالاشارة المعلومة من الأخرس دون معتقل اللسان والمريض [٤] .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٦٨٨ وما بعدها ، وجامع الفصوليين جـ٢ ص١٨٢ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكى جـ٢ ص٥٥ .

(٣) الاشباه والنظائر فى فقه الشافعية للامام جلال الدين السيوطى ص٣٦٢ ، ٣٦٣ .

(٤) المغنى لابن قدامة جـ١٢ ص ١٥٩ وكشاف القناع جـ٦ ص٣٦٧ وما بعدها .

مذهب الظاهرية :

تحدث ابن حزم فى المحلى عن الاقرار ولم يذكر ما يكون به غير اللفظ من الكتابة والاشارة [1] .

مذهب الزيدية :

وعند الزيدية : يكون الاقرار باللفظ والكتابة والاشارة المفهمة من الأخرس والمصمت [2] .

واستثنى صاحب البحر الزخار : اللعان والايلاء والشهادة والاقرار بالزنا لأنه يعتبر فيها لفظ مخصوص .

مذهب الامامية :

وعند الشيعة الامامية : يكون الاقرار باللفظ وتقوم مقامه الاشارة [3] .

حجية الاقرار

والاقرار حجة على المقر يؤخذ به ويحكم عليه بمقتضاه وهو أقوى الأدلة لأن احتمال الصدق فيه أرجح من احتمال الكذب اذ العاقل لا يقر عادة ولا يرتب حقا للغير على نفسه الا اذا كان صادقا فى اقراره .

وحجية الاقرار ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، قال الله تعالى : « وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه » .

أمر صاحب الحق بالاملال ، واملاله هو اقراره ، فلو لم يكن حجة عليه ويؤخذ به لما كان فيه فائدة ولما أمر به .

وقال : « ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم » والشهادة على النفس هى الاقرار عليها بالحق .

وفى السنة الصحيحة أن النبى صلى الله عليه وسلم ، قبل من ماعز ومن الغامدية الاقرار بالزنا على أنفسهما وعاملهما به وأقام عليهما الحد بناء عليه .

وقد أجمعت الأمة من عهد النبى صلى الله عليه وسلم الى الآن على أن الاقرار حجة على المقر يؤخذ به وجرت على ذلك فى الأقضية والمعاملات .

والاقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه الى غيره ولا يمتد أثره الى من عداه . فمن أقر على غيره بشىء لم يقبل اقراره ، ومن ذلك اقرار الوصى والولى على موليه .

واقرار القيم على محجوره فانه لايصح .

وهذا قدر متفق عليه ، ولكنهم إختلفوا مع هذا فى اقرار العبد يكون فيه مساس بحق السيد وماله واقرار المريض مرض الموت يكون فيه مساس بحق الورثة أو بحق الدائنين .

واذا استثنينا الظاهرية ، فان الجميع متفقون على عدم صحة اقرار العبد والمريض مرض الموت فى بعض الصور رعاية لحق السيد والورثة والدائنين وعدم الاضرار بهم مما تبين تفاصيله فى مصطلح « اقرار » .

(١) المحلى جـ ٨ ص ٢٥٠ .
(٢) البحر الزخار جـ ٥ ص ٤ ، ٧ .
(٣) المختصر النافع الطبعة الثانية ص ٢٤٣ .

أما الظاهرية فقد قرر ابن حزم الظاهرى فى كتابه [١] : ان اقرار العبد والمريض مرض الموت صحيح فى جميع صوره وأحواله من غير نظر الى مساس هذا الاقرار بالسيد أو بالورثة والمداينين وتعديه اليهم بالضرر (انظر اقرار) .

ولا يكون الاقرار حجة ، ولا ينبنى عليه أثره الا اذا صدر صحيحا ومستوفيا جميع الشروط التى ذكرها الفقهاء فى المقر والمقر له والمقر به وفى الصيغة ولم يتصل به ما يفسده أو يغير من موجبه مما هو مفصل ومبسوط فى مصطلح اقرار (انظر اقرار) .

والاقرار حجة بنفسه يثبت به الحق المقر به للمقر له على المقر ويلزمه الوفاء له به دون توقف على قضاء القاضى وحكمه بالاتفاق .

وهناك حالات لا يكفى فيها الاقرار للقضاء والحكم بل لابد من اقامة البينة معه ، كما اذا ادعى شخص على مدين الميت أنه وصيه فى التركة ، وصدقه المدين فى دعوى الوصاية والدين ، فان القاضى لا يثبت الوصاية بهذا الاقرار اذ الاقتصار عليه لا يفيد مع مدين آخر ينكر الوصاية .

وهناك حالات تسمع فيها بينة المدعى بطلبه بعد اقرار المدعى عليه بالحق لفائدة أخرى غير ثبوت الحق ، كما فى دعوى شخص على مدين أنه وكيل عن الدائن اذا

(١) المحلى جـ٨ ص٢٥٠ وما بعدها .

صدقه المدعى عليه فى دعوى الوكالة ولكنه طلب سماع البينة عليها لتكون يده يد أمانة لا يضمن بالهلاك دون تعد ولتبرأ ذمة المدين بالدفع اليه دون رجوع ، فيقبل القاضى البينة . وكما فى دعوى الدين على الميت اذا أقر بها أحد الورثة ، أو أقر بها الورثة جميعا ، وطلب المدعى سماع البينة ليتعدى الحكم الى بقية الورثة فى الأولى أو الى بقية الدائنين فى الثانية ، تسمع البينة [٢] .

وقد يتم الاقرار ثم تطرأ أمور تؤثر فيه أصلا أو تؤثر فى مدى حجيته وهى موضع خلاف بين الفقهاء ، من ذلك .

دعوى المقر أنه كان كاذبا فى اقراره

مذهب الحنفية :

قال الحنفية : اذا أعطى شخص صكا لآخر يتضمن اقراره بأنه استقرض منه مبلغا من المال ، ثم ادعى أنه كاذب فى هذا الاقرار ، لا تقبل منه هذه الدعوى عند أبى حنيفة ومحمد وهو القياس لأن الاقرار ملزم شرعا كالبينة بل هو آكد لأن احتمال الكذب فيه أبعد فلايلتفت اليه ، وتقبل عند أبى يوسف فى حق تحليف المقر له اليمين فيحلف على أن المقر صادق فى اقراره بالدين كما تضمنه الصك ، فان حلف ثبت حقه فى الدين وان نكل فلا شىء له ، وهو الاستحسان وعليه الفتوى ، لأن العرف جار بكتابة الصك قبل أخذ المال فلا يكون الاقرار دليلا على القبض حقيقة .

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ٧٠١ وما بعدها ، الطبعة الاميرية .

ولأن الناس كثرت حيلهم ومخادعتهم ، والمقر يضار بعدم التحليف ، ولا يضار المقر له بالتحليف ان كان صادقا ، فيصار اليه .

وهذا فى غير حقوق الله الخالصة ، أما فيها فتقبل دعوى الكذب فى الاقرار ، ولا يؤخذ به المقر لما يورثه من الشبهة المؤثرة فى سقوط الحد كما فى الرجوع عن الاقرار [1] .

أما اذا كان تكذيب المقر من الشارع كما اذا أقرت المطلقة بانقضاء عدتها بعد مدة تحتمله ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر بعد الاقرار يثبت نسبه شرعا من المطلق لتيقن قيام الحمل وقت الاقرار ، ويكون حكم الشارع بثبوت نسب الولد تكذيبا للمطلقة فى اقرارها بانقضاء العدة أوكان التكذيب من الحاكم، كما اذا اشترى شخص عينا من آخر ، ثم ادعى ثالث على المشترى ملكية هذه العين ، وأنكر المشترى وقرر أنها ملك البائع الذى اشتراها منه ، وأثبت المدعى دعواه وحكم له بالعين ، فانه يكون للمشترى حق الرجوع بالثمن على البائع رغم اقراره بأن العين ملكه ، لأن الحكم بملكية العين للمدعى تكذيب له فى اقراره .

اذا كان التكذيب من الشارع أو من الحاكم يكون معتبرا ويبطل الاقرار به .

وقال الشافعية : ان المقر يؤخذ بما أقر به ، ولا يقبل منه دعوى الكذب فى ذلك [2] .

وفى مذهب الشيعة الامامية جاء فى شرائع الاسلام [3] : « اذا أشهد بالبيع وقبض الثمن ثم قال انه لم يقبض الثمن وانما أشهد بذلك تبعا للعادة ، قيل لا يقبل قوله لأنه مكذب لاقراره ، وقيل يقبل لأنه ادعى ما هو معتاد . وهو الأشبه ، اذ هو ليس مكذبا لاقراره بل هو مدع شيئا آخر فيكون على المشترى اليمين .

رجوع المقر عن الاقرار

مذهب الحنفية :

قال الحنفية : ان رجوع المقر عن اقراره بحقوق الله تعالى الخالصة كحد الزنا والشرب والسرقة بالنسبة للقطع ، يقبل ويبطل به الاقرار فلا يؤخذ به مطلقا سواء رجع قبل القضاء عليه بموجبه أو بعد القضاء وقبل الشروع فى التنفيذ أو بعد الشروع فيه وقبل تمامه ، فلا يحكم عليه ان رجع قبل الحكم ولا يقام عليه ان رجع بعد الحكم وقبل اقامة الحد .

ولا يتمم عليه الحد ان رجع بعد الشروع فيه وقبل اتمامه وذلك لاحتمال أن يكون صادقا فى رجوعه فيكون كاذبا فى الاقرار فهو يورث شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ، ولأنه يستحب للامام أن يلقن

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٧٠٢ .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٧٥ .

(٣) ص ٢٥٠

المقر العدول عن الاقرار كما لقن النبى صلى الله عليه وسلم ماعزا حين أقر بالزنا بقوله : لعلك قبّلت أو لمست .

ولو لم يكن الرجوع عن الاقرار جائزا لما كانت لهذا التلقين فائدة .

والتعليل بأن الرجوع يورث شبهة وهى تؤثر فى الحدود يدل على أن حقوق الله الخالصة التى لا تدرأ بالشبهة ، كالزكاة والكفارات ، لا يقبل الرجوع عن الاقرار فيها ، أما بالنسبة للمال فى الاقرار بالسرقة فلا يؤثر الرجوع ويجب على المقر ضمان هذا المال .

أما فى حقوق العباد الخالصة كالأموال والقصاص ، والمشتركة بين الله والعباد كحد القذف فلا يقبل الرجوع عن الاقرار فيها ويبقى الاقرار صحيحا ويؤخذ به المقر حكما وتنفيذا لأن هذه الحقوق تثبت مع الشبهة [١] .

مذهب المالكية :

قال صاحب التبصرة [٢] : « فان أقر على نفسه وهو رشيد طائع بمال أو قصاص لزمه ، ولا ينفعه الرجوع ، وان أقر بما يوجب عليه الحد كالزنا والسرقة فله الرجوع ولكن يلزمه الصداق والمال .

مذهب الشافعية :

يقول الامام جلال الدين السيوطى فى الأشباه والنظائر [٣] : « وكل من أقر بشىء ثم رجع عنه لم يقبل ، الا فى حدود الله تعالى ، قلت : ويضم الى ذلك ما اذا أقر الأب بعين للابن فانه يقبل رجوعه كما صححه النووى فى فتاواه » .

مذهب الحنابلة :

يقول صاحب كشاف القناع [٤] : « ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره لتعلق حق المقر له بالمقر به الا فيما كان حدا لله تعالى فيقبل رجوعه عنه لأن الحد يدرأ بالشبهة وأما حقوق الآدميين وحقوق الله التى لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات ، فلا يقبل رجوع المقر عن الاقرار بها .

مذهب الظاهرية :

يقول ابن حزم فى المحلى [٥] : « من أقر لآخر أو لله تعالى بحق فى مال أو دم أو بشرة ، وكان المقر عاقلا بالغا غير مكره ، وأقر اقرارا تاما ولم يصله بما يفسده فقد لزمه ولا رجوع له بعد ذلك ، فان رجع لم ينتفع برجوعه وقد لزمه ما أقر به على نفسه من دم أو حد أو مال .

وان وصل الاقرار بما يفسده بطل كله ولم يلزمه شىء لا من مال ولا من قود ولا حد .

مذهب الزيدية :

جاء فى البحر الزخار [٦] : « ولا يجوز الرجوع عنه اذ هو خبر ماض الا فى حق الله تعالى لأنه يسقط بالشبهة » .

(١) ابن عابدين جـ٤ ص٧١٩ .
(٢) جـ٢ ص٥٦ .
(٣) ص٥٧٤ .

(٤) جـ ٦ ص ٣٨٦ ، وما بعدها الطبعة الاولى بالمطبعة العامرة الشرقية سنة ١٣١٩ هـ .
(٥) جـ ٨ ص ٢٥٠ مسالة رقم ١٣٧٨ .
(٦) جـ ٥ ص ٦ فى باب الاقرار .

مذهب الامامية :

جاء فى العناوين لميرفتاح [١] : أن ذكر ما ينافى الاقرار بعد تحققه غير مسموع لدى ظاهر الأصحاب ، ووجهه اطلاق الرواية ، فانه دال على النفوذ مطلقا سواء عقبه بما ينافيه من انكار وتأويل أو لم يعقبه ».

ثم ذكر الخلاف فى مسائل الاستثناء وبدل البعض والفصل والوصل فى ذلك ، وهل يتحقق الاقرار بما قبل الاستثناء والبدل فيعتبر منافيا له أو لا يتحقق أصلا لأن الكلام كله واحد .

وجاء فى المختصر النافع فى باب الحدود أن الرجوع عن الاقرار بالزنا والقصاص يقبل ويسقط به الحد ، فالرجوع عن الاقرار عندهم غير مقبول الا فى حدود الله تعالى الخالصة .

رد الاقرار

مذهب الحنفية :

قال الحنفية : ان الاقرار بغير النسب لا يتوقف على قبول المقر له وتصديقه ، ولكنه يرتد برده وتكذيبه للمقر ، واستثنوا من ذلك الاقرار بالحرية ، فان أقر السيد بحرية عبده ثبتت حريته وان كذبه العبد فى اقراره وبالنسب فيما يصح الاقرار فيه من الرجل أو المرأة ، لا يبطله الرد من المقر له بالنسب وان توقف على تصديقه ، فان كذبه فى الاقرار ثم عاد وصدقه ثبت النسب دون حاجة الى اعادة الاقرار ثانيا .

وبالطلاق اذا أقر بطلاق زوجته وكذبته ثبت الطلاق .

وبالنكاح ، اذا أقر بنكاح امرأة وكذبته ثم صدقته ثبت النكاح دون حاجة الى اقرار آخر .

وكذا الاقرار بالعتق والرق والوقف وكل ما ليس فيه تمليك مال ولو من وجه لا يرتد بالرد ، وما كان فيه تمليك المال ولو من وجه يرتد بالرد ، واذا قبل ثم رد لا يقبل الرد .

وفى كل موضع يرتد فيه الاقرار بالرد اذا أعاد المقر اقراره ثانيا بعد الرد فصدقه المقر له صح الاقرار [٢] .

مذهب المالكية :

يقول صاحب التبصرة [٣] : ويشترط أن يكون المقر له أهلا للاستحقاق وألا يكذب المقر ، واذا أكذب المقر له المقر ثم رجع لم يفده الا أن يرجع المقر الى الاقرار ومثل ذلك فى العقد المنظم للحكام أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكنانى [٤] .

مذهب الحنابلة :

يقول صاحب كشاف القناع [٥] : « ومن أقر لكبير عاقل بمال فى يده ، فلم يصدقه المقر له بطل اقراره لأنه لا يقبل قوله عليه فى ثبوت ملكه ويستمر بيد المقر لأنه كان فى يده فاذا بطل اقراره بقى كأنه

---

(١) ص ٢٧٣ .

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ٧١٩ .
(٣) جـ ٢ ص ٥٦ .
(٤) جـ ٢ ص ٢٥٠ .
(٥) جـ ٦ ص ٣٧٧ .

لم يقر به فان عاد المقر فادعاه لنفسه أو لثالث قبل منه ولم يقبل بعد ذلك أن يدعيه المقر له أو لا مطلقا .

مذهب الزيدية :

جاء فى البحر الزخار [١] : ولا يصح لمعين الا بمصادقته ، وقال الامام يحيى : يكفى السكوت فان رد بطل اذ شهادته على نفسه أولى ، ولا يعتبر قبول المقر له اذ ليس بعقد لكن يبطل بالرد ويكون المقر به لبيت المال.

ما يلحق الاقرار من البيان

قد يلحق المقر باقراره كلاما يغير من معنى الاقرار ودلالته تغييرا كليا أو جزئيا بطريق الاستثناء بأداة من أدواته أو بالمشيئة أو بطريق الاستدراك أو بطريق التكلم بكلام يغير من معنى الاقرار أو يرفع من حكمه بالنسبة للمقر له أو للمقر به فى مقداره أو فى وصفه أو فى نحو ذلك ، ويكون ذلك متصلا أو منفصلا .

وقد أفاض الفقهاء فى مختلف المذاهب فى شرح أنواع هذا البيان وأساليبه وما يترتب على كل منها من أحكام وآثار ، ومحل ذلك كله ومجاله فى مصطلح اقرار (انظر : اقرار) .

نصاب الاقرار

مذهب الحنفية :

لابد لثبوت الزنا بالاقرار عند الحنفية من أن يقر الشخص على نفسه أربع مرات

(١) جـ ٥ ص ٤ ، ٥ .

فى أربعة مجالس بالاتفاق ، وفى حد القذف والشرب والسرقة يكفى أن يقر مرة واحدة عند أبى حنيفة ومحمد ، ومرتين عند أبى يوسف وزفر ، ويكفى الاقرار مرة فيما عدا ذلك [٢] .

مذهب المالكية :

يكفى الاقرار مرة واحدة لثبوت المقر به ومؤاخذة المقر باقراره فى كل شىء حتى فى حد الزنا [٣] .

مذهب الشافعية :

ومذهب الشافعية كمذهب المالكية يكفى الاقرار مرة واحدة فى كل شىء [٤] .

مذهب الحنابلة :

يشترط الاقرار أربع مرات فى الزنا ، ومرتين فى السرقة والحرابة (قطع الطريق) والقصاص ، ومرة واحدة فى غير ذلك [٥] .

مذهب الظاهرية :

يكفى الاقرار مرة واحدة فى كل شىء من حد أو قتل أو مال [٦] .

مذهب الزيدية :

يشترط فى الاقرار بالزنا تكراره أربع مرات وتكراره مرتين فى الاقرار بالسرقة ، ويكفى الاقرار مرة فيما عدا ذلك [٧] .

(٢) مجمع الانهر جـ ١ ص ٥٩٤ ، ٦١٠ ، ٦١٢ ، ٦٢٢
(٣) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩٤ .
(٤) حواشى التحفة جـ ٩ ص ١١٣ ، ١٥٠ .
(٥) كشاف القناع جـ ٦ ص ٨٠ ، ١١٧ ، ١٢٢ .
(٦) المحلى جـ ٨ ص ٢٥٤ مسألة رقم ١٣٧٩ .
(٧) البحر الزخار جـ ٥ ص ١٥٢ - ١٩٥ .

مذهب الامامية :

يلزم الاقرار أربع مرات فى الزنا واللواط والسحق ، ومرتين فى القذف والسرقة والشرب والقيادة ومرة واحدة فى غير ذلك [١] .

اليمين

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن اليمين ليست من طرق القضاء بالحق لأنها لا تكون عندهم الا من جانب المدعى عليه حين ينكرالدعوى ويعجز المدعى عن الاثبات ويطلب تحليفه اليمين على نفى دعواه ويوجه القاضى اليه اليمين فان حلف منع المدعى من دعواه بتقرير رفضها وبقى المدعى به المتنازع عليه فى يد المدعى عليه لعجز المدعى عن اثبات ملكه فيه لا قضاء به للمدعى عليه بناء على اليمين ، ويسمى قضاء ترك .

ومن ثم يبقى المدعى على دعواه وعلى حقه اذا أقام بينة عليها قضى له بموجبها ما لم يكن قد قرر أنه لا بينة له فانه لا تقبل منه البينة ثانيا الا عند محمد .

ولو كان ترك المدعى به فى يد المدعى عليه قضاء له به بناء على اليمين لما نقض هذا القضاء بعد ذلك ، فجعل اليمين من طرق القضاء عند الحنفية انما هو بحسب الظاهر فقط باعتبار أن القضاء يقطع الخصومة وفى قضاء الترك قطع للخصومة غالبا لأن الاثبات بالبينة بعد العجز عنها نادر [٢] .

وليس القصد من هذه اليمين هوالتوصل للقضاء بالترك ، فهو ليس بقضاء كما ذكرنا ، وانما القصد منها هو توصل المدعى الى نكول المدعى عليه عن الحلف ليقضى عليه بالحق بناء على هذا النكول الذى يعتبر طريقا للقضاء عند الحنفية .

بناء على أنه بذل أو اقرار كما سيأتى بيانه .

ومن ثم قالوا ان اليمين حق للمدعى ملكه الشارع اياها وأوجبها له على المدعى عليه .

فقد قال النبى صلى الله عليه وسلم للمدعى « لك يمينه » واللام للتمليك .

وقال : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » .

و « على » تفيد الوجوب ، غير أنها لا تجب على المدعى عليه ولا تتوجه عليه ولا يعتبر ناكلا اذا امتنع عن الحلف الا بشروط سيأتى تفصيلها فى الكلام على النكول ولا يحلف فيما لا يجرى فيه البذل والاقرار كالحدود واللعان والنسب ، ولا ترد اليمين على المدعى ولا يقضى له بيمينه وحدها أو بها مع شاهد عند الحنفية مطلقا على ما سيأتى بيانه .

واستدلوا بما رواه الامامان أحمد ومسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، لكن اليمين على المدعى عليه » ، وأخرجه البيهقى باسناد صحيح

---

(١) المختصر النافع ص٢٩٢ ، ٣٠٢ .
(٢) ابن عابدين جـ٤ ص٦٥١ ، ٦٥٣ .

بلفظ « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . فحصر اليمين فى جانب المدعى عليه ولم يجعلها من جانب المدعى .

مذهب المالكيه والشافعية

ويرى المالكية والشافعية : أن اليمين اذا توجهت على المدعى عليه بطلب المدعى حين لا تكون له بينة فان حلفها سقطت دعوى المدعى ، ثم هل يعود اليها ويجددها ويقدم عليها البينة أو لا يعود ؟ بحث طويل ليس هنا مجال تفصيله ، انظر فى تفصيله مصطلح « دعوى » .

ويشترط المالكية لجواز توجيه اليمين الى المدعى عليه أن يكون بينه وبين المدعى خلطة وتعامل لئلا يستذل أهل السفه أهل الفضل بتحليفهم .

واستثنوا من هذا الشرط الصناع والتجار وأهل الأسواق فيما يدعى عليهم تتوجه عليهم اليمين وان لم تكن خلطة . كما استثنوا حالة قيام تهمة أو عداوة أو ظلم .

ولا يحلف الا فيما يجرى فيه الاقرار ، أما اذا نكل المدعى عليه عن الحلف أو اعتبر ناكلا بالامتناع عن الحلف أو بالسكوت عن الجواب فانه لا يقضى عليه بالنكول عند المالكية والشافعية كما يقول الحنفية .

وانما ترد اليمين على المدعى بطلب المدعى عليه أو من القاضى دون طلبه بعد أن يعذر اليه بقوله : ان حلفت والا حلف المدعى وقضيت له عليك بالحق المطلوب ، لأن النكول ليس من طرق القضاء عندهم لأنه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة كما هو الشأن فى المسلم ، والترفع عن اليمين الصادقة كما فعل عثمان رضى الله عنه حين طلب المقداد منه الحلف وامتنع وقال لعمر : أخاف أن يوافينى قضاء فيقول الناس هذا بسبب يمينه الكاذبة ، ويحتمل اشتباه الحال على الناكل فلا يدرى أصادق فيحلف أم كاذب فيمتنع . ومع هذه الاحتمالات لا يمكن اعتبار النكول حجة وطريقا للقضاء واذا ردت اليمين على المدعى ، فان حلف قضى له بما يدعيه قضاء استحقاق .

وتكون اليمين هنا كبينة المدعى أو كاقرار المدعى عليه ، قولان : والأظهر عند أصحاب الشافعى أنها كاقرار المدعى عليه وسواء أكانت كالبينة أو كالاقرار فانها تعتبر الطريق الى القضاء بالحق شرعا مع النكول كما سيجىء التصريح به فى النكول .

واستدلوا بما رواه الدارقطنى من حديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق ، وما روى عن على أنه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه [1] .

---

(١) التبصرة لابن فرحون المالكى جـ١ ص١٣٠ وما بعدها ، وحواشى تحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ١٠ ص٣٠٣ ، ٣٢٢ والطرق الحكمية ص١٤٠ وما بعدها مطبعة مصر سنة ١٩٦٠ .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة : أن اليمين تكون من جانب المدعى عليه اذا طلب المدعى تحليفه عند عدم البينة ووجهها اليه القاضى فان حلف أخلى سبيله لأنه لم يتوجه عليه حق . وان نكل عن الحلف قضى عليه بالحق المدعى بناء على النكول اذا طلب المدعى ذلك .

ويجب أن يقول له الحاكم : ان حلفت والا قضيت عليك بالنكول ، لأن النكول ضعيف فوجب اعتضاده بذلك .

ولا ترد اليمين عندهم على المدعى مطلقا لا بطلب المدعى عليه ولا من القاضى لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « اليمين على المدعى عليه » حصرها فى جهة المدعى عليه فلم تشرع لغيره .

وفيما رواه أحمد أن عثمان قضى على ابن عمر بالنكول .

ولا يحلف المدعى عليه عندهم الا فى حق لآدمى لقوله صلى الله عليه وسلم : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » ، ولايقضى بالنكول الا فى الأموال وما يقصد به المال . أما حقوق الله تعالى كالحدود والعبادات والكفارات والنذور فلا يستحلف فيها المدعى عليه ولا يقضى عليه بالنكول الا أن يتضمن الحد حقا للعبد كدعوى السرقة توصلا للضمان أو لرد المسروق ، فانها تسمع ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمى .

والنكول عندهم كاقامة بينة لا كاقرار اذ لا يتأتى ذلك مع الانكار ولا كبذل لأنه قد يكون تبرعا ولا تبرع هنا [1] .

جاء هذا فى كشاف القناع ، ولم يحك فيه خلافا .

ولكن صاحب المغنى حكى خلاف أبى الخطاب فى رد اليمين على المدعى [2] فقال : « واختار أبو الخطاب أن له رد اليمين على المدعى فان ردها حلف المدعى وحكم له بما ادعاه » .

ثم ساق الاستدلال للقولين .

مذهب الظاهرية :

وفى مذهب الظاهرية يقول ابن حزم فى المحلى [3] : « فان لم يكن للطالب بينه وأبى للمطلوب من اليمين أجبر عليها أحب أم كره بالأدب ، ولا يقضى عليه بنكوله فى شىء من الأشياء أصلا . ولا ترد اليمين على الطالب البتة ، ولا ترد يمين أصلا الا فى ثلاثة مواضع ، وهى القسامة ، والوصية فى السفر اذا لم يشهد عليها الا الكفار ، واذا أقام المدعى على دعواه شاهدا واحدا فانه يحلف معه ويقضى له بالحق ، فان نكل حلف المدعى عليه وبرىء فان نكل أجبر على اليمين .

مذهب الزيدية :

وعند الزيدية [4] : اذا أنكر المدعى عليه الدعوى ولم تكن للمدعى بينة فى المجلس

---

(١) كشاف القناع جـ٦ ص٢٧٣ .
(٢) جـ١٢ ص١٢٤ .
(٣) جـ ٩ ص ٣٧٢ وما بعدها مسألة ١٧٨٣ .
(٤) البحر الزخار جـ ٤ ص ٤٠٤ .

لزمت اليمين المدعى عليه بطلب المدعى فى غير حقوق الله تعالى المحضة اذ لا يحلف فى هذه الحقوق عندهم وبشروط أخرى . فان حلف المدعى عليه حكم بسقوط دعوى المدعى وان نكل حكم عليه بالحق بمقتضى النكول عند الهادى والناصر ، اذا كان النكول فى المجلس . وذلك فى غير الحدود والقصاص والنسب .

أما هذه فلا يحكم فيها بالنكول وان نكل ثم أراد الحلف ان كان قبل الحكم أجيب وان كان بعده لا يجاب وان حلف المدعي عليه اليمين ثم أحضر المدعى البينة قبلت منه قبل الحكم ولا تقبل بعده ، وفى البحر الزخار : « واليمين شرعت لقطع الخصومة فى الحال اجماعا لا لقطع الحق . فتقبل البينة بعدها ، اذ البينة العادلة حق من اليمين الفاجرة ، وقيل لقطع الحق فلا تقبل البينة » .

مذهب الامامية :

جاء فى المختصر النافع [١] : وان قال المدعى لا بينة لى عرفه الحاكم أن له اليمين (أى له تحليف المدعى عليه) ، ولا يجوز احلافه حتى يلتمس المدعى ، فان تبرع أو أحلفه الحاكم لم يعتد بها وأعيدت مع التماس المدعى ثم المنكر ، اما أن يحلف أو يرد أو ينكل فان حلف سقطت الدعوى ولو ظفر له المدعى بمال لم يجز له المقاصة. ولو عاود الخصومة لم تسمع دعواه ولو أقام بينة لم تسمع ، وقيل يعمل بها ما لم يشترط الحالف سقوط الحق بها .

(١) ص ٢٨١ وما بعدها .

ولو أكذب نفسه جاز مطالبته وحل مقاصته ، فان رد اليمين على المدعى صح فان حلف استحق وان امتنع سقطت ، ولو نكل المنكر عن اليمين وأصر قضى عليه بالنكول وهو المروى ، وقيل : « يرد اليمين على المدعى فان حلف ثبت حقه ، وان نكل بطل الحق ، ولو بذل المنكر اليمين بعد الحكم بالنكول لم يلتفت اليه » .

الشاهد واليمين

مذهب الحنفية :

قال الحنفية : لا يصح القضاء بالشاهد الواحد ويمين المدعى ، لأن اليمين لم تشرع من جانب المدعى مطلقا ، وانما شرعت من جانب المدعى عليه فى الحديث المشهور «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» قسم بينهما ، والقسمة تنافى الشركة والألف واللام فى البينة واليمين للجنس ، واذا كان قد جعل من جانب كل منهما جنسا فقبول اليمين من جانب المدعى يخالف ذلك .

وقد رسم الله تعالى طريق الاثبات فى الآية الكريمة : « فاستشهدوا شهيدين من رجالكم .. الآية [٢] » . وجعل الشاهد الواحد واليمين طريقا للاثبات من جانب المدعى يخالف ذلك [٣] .

مذهب المالكية والشافعية والحنابلة .

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى صحة القضاء بالشاهد الواحد واليمين من جانب المدعى ، لما رواه أحمد ومسلم وأبو

(٢) الآية ٢٨٢ سورة البقرة .
(٣) تنوير الأبصار وشرحه الدر وحاشية ابن عابدين جـ٤ ص٥١٢ .

داود وابن ماجة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قضى بيمين وشاهد وما رواه أحمد والدارقطنى عن على بن أبى طالب أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق .

وقالوا : ان الاثبات بالشاهد واليمين انما يقبل فى الأموال وما يقصد به المال من العقود كالبيع والشراء والاقالة والحوالة والضمان والشفعة والرهن ، ونكول اليمين بعد اقامة الشاهد وتعديله [1] .

مذهب الظاهرية :

وفى مذهب الظاهرية ، يقول ابن حزم فى المحلى [2] : «قال أبو محمد قد صح ما قد أوردناه آنفا من قول النبى صلى الله عليه وسلم بالقضاء باليمين على المدعى عليه ، وأنه لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء قوم وأموالهم .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « بينتك أو يمينه ، ليس لك الا ذلك » .

فصح يقينا أنه لا يجوز أن يعطى المدعى بدعواه دون بينة . وبطل أن يعطى شيئا بنكول خصمه أو بيمينه اذا نكل خصمه لأنه أعطى بالدعوى .

وصح أن اليمين بحكم الله تعالى على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام على المدعى عليه .

ووجب بذلك ألا يعطى المدعى يمينا أصلا الا حيث جاء النص بأن يعطاها .

وليس ذلك الا فى القسامة فى المسلم يوجد مقتولا وفى المدعى يقيم شاهدا عدلا فقط .

وهذا صريح فى القول بصحة القضاء بالشاهد الواحد واليمين من جانب المدعى .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار وهامشه : واعلم أنه يكفى شاهد واحد ويمين المدعى فتقوم اليمين مقام شاهد ولو كان الحالف فاسقا فان يمينه تقوم مقام شاهد .

وقال الناصر : لا تكفى يمين المدعى مع الشاهد الواحد الا حيث يكون عدلا مرضيا .

ويقبل الشاهد الواحد مع يمين المدعى فى كل حق لآدمى محض دون حق الله المحض وبعض حق الله المشوب أيضا فلا يقبل فيه ذلك ، وذلك كالحدود والقصاص لقوله صلى الله عليه وسلم : « أمرنى جبريل عليه السلام أن أحكم بشاهد ويمين » .

وفى البحر الزخار : ويحكم بشاهد ويمين اذ قضى به صلى الله عليه وسلم فى روايات وقضى به عمر وعثمان رضى الله عنهما ، ولا يحكم بذلك الا فى حق لآدمى محض لا فى الحدود والقصاص اجماعا [3] .

---

(١) التبصرة جـ١ ص٢١٧ وما بعدها وحواشى تحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ١٠ ص٢٤٧ وما بعدها وكشاف القناع جـ ٦ ص ٣٥١ وما بعدها .

(٢) جـ٩ ص٣٨٢ وما بعدها .

(٣) البحر الزخار جـ ٤ ص ٤٠٣ وشرح الأزهار جـ ٤ ص ٢٠٨ .

مذهب الامامية :

جـاء فى المختصر النـافع [١] : « ويقضى بالشاهد واليمين فى الأموال والديون ولا يقبل فى غيره مثل الهلال والحدود والطلاق والقصاص » .

ويشترط شهادة الشـاهد أولا وتعديله ولو بدأ باليمين وقعت لاغيـة ويفتقر الى اعادتها بعد الاقامة (أى اقامة الشاهد) .

وجاء فيما كتبه بعض علمـائهم للجنـة الموسوعة أن طائفة منهم تأملوا فى اشتراط الترتيب واختاروا عدم اشـتراطه وقواه فى مستند الشيعة فى باب القضاء .

مذهب الأباضية :

وفى مذهب الاباضية [٢] : « ولا يجوز عند أصحابنا أن يحكم الحـاكم بشاهد ويمين المدعى .. » .

يمين الاسـتظهار

الأصل عند الحنفية أنه متى أقام المدعى بينة شرعيـة على دعواه حـكم له بالحق الذى يدعيه دون توقف على شىء آخر .

ولكنهم قالوا : «ان هناك مسائل يتوقف الحكم فيها للمدعى عـلى حلفـه يمينـا بصيغة معينة ، ومن أظهر هـذه المسائل ما اذا ادعى شخص دينا فى تركة ميت وأثبت دعواه بالبينة الصحيحة ، فان القـاضى لا يحكم له بما يدعيه الا بعد أن يحلف بالله ما استوفى هذا الدين من الميت ولا من أحد أداه اليه عنه ولا قبضه قابض بأمره ولا أبرأه منه ولا من بعضه ولا أحيـل به ولا بشىء منه على أحد ولا عنده به ولا بشىء منه رهن » .

وتسـمى هـذه اليمـين عنـدهم يمين الاسـتظهار وهى حق للتـركة ، ومن ثم يوجهها القـاضى الى المدعى ولو لم يطلب الخصـم المدعى عليـه كالوصى والوارث توجيهها لاحتمال أن يكون هناك غريم آخر أو موصى له ، وهذا باتفاق الامام وصاحبيه وهذه اليمين ليست جزءا من الدليـل وانما هى شرط فلو حكم بدون استحلاف لاينفذ حكمه .

وهناك مسائل يستحلف فيها المدعى بعد الاثبات بدون طلب من الخصم ، على رأى أبى يوسف ، احتياطا [٣] .

مذهب المالكية :

وعند المالكية : تسمى هذه اليمين يمين القضاء ويمين الاستبراء .

قال صاحب التبصرة فى باب القضـاء بالبينة المقامة مع اليمين [٤] .

« وصورة ذلك أن يشـهد شـاهدان لرجل بشىء معين فى يد آخـر ، فانه لا يستحقه حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب

---

(١) ص٢٨٣ الطبعة الثانية .

(٢) شرح النيل جـ٦ ص٥٨٩ .

(٣) ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٣٦ .

(٤) جـ ١ ص ٢٢١ وما بعدها .

ولا خرج عن يده بطريق من الطرق المزيلة للملك وهو الذى عليه الفتيا والقضاء .

وقال ابن رشد : «ويمين القضاء متوجهة على من يقوم على الميت أو الغائب أو على اليتيم أو على الأحباس أو على المساكين وعلى كل وجه من وجوه البر وعلى بيت المال وعلى من استحق شيئا من الحيوان ، ولا يتم الحكم الا بها .

ثم ذكر مسألة دعوى الدين فى تركة الميت ووجوب التحليف فيها ، وذكر أن هذه اليمين واجبة مع شهادة السماع لاحتمال أن يكون أصل السماع من شاهد واحد ، والشاهد الواحد لابد معه من اليمين ».

ويدل كلامه على أن هذه اليمين متممة للدليل .

مذهب الشافعية :

وعند الشافعية : يحلف المدعى اليمين مع البينة فى الدعوى على الغائب والصبى والمجنون والميت ، وتسمى عندهم يمين الاستظهار كالحنفية ، وقالوا : انه لايتعرض فى هذا اليمين لصدق الشهود بخلاف اليمين مع الشاهد الواحد يتعرض فيها لصدق الشاهد .

وعلل الشروانى فى حاشيته هذا الحكم بقوله « لكمال الحجة هنا » وهذا صريح فى أن هذه اليمين ليست جزءا من الدليل .

مذهب الحنابلة :

وعند الحنابلة : لا يلزم تحليف المدعى اليمين مع البينة التامة فى الدعوى على الغائب والصغير والمجنون والمستتر والممتنع « أن حقه باق » لقوله صلى الله عليه وسلم «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» ولكن الاحتياط تحليفه خصوصا فى هذه الأزمنة لاحتمال أن يكون قضاه أو غير ذلك [1] .

مذهب الامامية :

وعند الامامية : « جاء فى المختصر النافع [2] « ولا يستحلف المدعى مع بينة الا فى دعوى الدين على الميت ، يستحلف على بقائه فى ذمته استظهارا فهم يسمونها يمين الاستظهار كالحنفية » .

النكول

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن النكول طريق للقضاء وحده يبنى عليه القاضى حكمه بالحق لصاحبه بناء عليه دون حاجة الى شىء آخر ، كرد اليمين على المدعى .

لما روى عن سالم بن عبد الله بن عمر : أن أباه باع عبدا وأراد المشترى أن يرده بعيب ، ولما اختصما الى عثمان رضى الله عنه قال لابن عمر : احلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه فأبى فقضى عليه برد العبد .

---

(١) كشاف القناع ج ٦ ص ٢٨٥ وما بعدها .
(٢) ص ٢٨١ الطبعة الثانية .

وكان شريح يجرى فى قضائه فى خلافة عمر على ذلك .

والنكول : اما حقيقى ، وهو أن يقول المدعى عليه : لا أحلف .

واما حكمى ، وهو أن يسكت عن الحلف والامتناع عنه مع عدم الآفة من صمم أو خرس .

ولا يصير النكول حجة عند الحنفية يباح للقاضى أن يحكم بناء عليها الا اذا توافرت شروط صحته ، بأن يكون فى مجلس القضاء وبعد عرض اليمين فيه ، فاذا حصل العرض فى غير المجلس أو حصل العرض فيه وحصل النكول فى غيره لم تتوفر الحجة ولم يجز الحكم بمقتضاه ، وأن يكون النكول عن يمين واجبة على المدعى عليه شرعا ، وأن تكون بناء على عرض القاضى حتى لو امتنع عن حلف يمين موجهة من الخصم لا يعتبر ناكلا .

ولا تكون اليمين واجبة شرعا الا اذا كان المدعى عليه منكرا للحق المدعى به وكانت بطلب المدعى الا فى الأشياء التى يحلف فيها القاضى من غير طلب . وألاتكون للمدعى بينة حاضرة بمجلس القضاء . وأن تكون الدعوى صحيحة شرعا . وألا يكون المدعى به حقا خالصا لله تعالى كالحدود وما فى حكمها كاللعان .

وأن يكون المدعى به مما يجوز الاقرار به شرعا من المدعى عليه ولا يقضى بالنكول فى القصاص فى النفس ، وانما يحبس الناكل حتى يحلف أو يقر عند الامام أبى حنيفة .

ويجب عليه المال عند الصاحبين ، وللمدعى عند النكول أن يقدم بينة على دعواه لينبنى الحكم عليها ويتعدى الى غير المدعى عليه ، لأن النكول فى معنى الاقرار وهو حجة قاصرة على صاحبه لا يتعداه الى غيره بخلاف البينة .

والقضاء بالنكول لا يمنع المقضى عليه من أن يدفع دعوى المدعى المحكوم فيها بدفع يبطلها ويقيم عليه البينة فيثبت وينقض به الحكم المبنى على النكول ، بشرط ألا يكون الدفع مناقضا لما تضمنه النكول الذي هو بمثابة الاقرار .

ولو قضى بالنكول ثم أراد المدعى عليه أن يحلف لا يلتفت اليه لأنه أبطل حقه ، أما لو أراد الحلف قبل القضاء جاز لأن النكول لا يعتبر حجة ملزمة الا اذا اتصل به القضاء .

وقد اختلف الامام والصاحبان فى اعتبار النكول بذلا أو اقرارا وترتب على هذا الخلاف خلاف فى بعض المسائل والأحكام ، مجال تفصيلها فى مصطلح نكول (انظر : نكول) [١] .

مذهب المالكية والشافعية :

ويرى المالكية والشافعية أن النكول ليس طريقا للقضاء ، ولا يحكم القاضى بالمدعى بناء عليه وحده ، وانما ترد اليمين

---

(١) ابن عابدين جـ٤ ص٦٥٢ وما بعدها .

على المدعى بطلب المدعى عليه أو من القاضى فان حلف قضى له به بما طلب وان نكل سقطت دعواه ، لأن النكول ليس بينة ولا اقرارا ، وهو حجة ضعيفة فلا يقوى على الاستقلال بالحكم فاذا حلف معه المدعى قوى جانبه فاجتمع اليمين من جانبه والنكول من جانب المدعى عليه فقام مقام الشاهدين أو الشاهد واليمين [١] .

مذهب الحنابلة :

يرى الحنابلة أن النكول حجة يبنى عليه الحكم ، فاذا توجهت اليمين على المدعى عليه من القاضى بطلب المدعى ونكل قال له القاضى ان حلفت والا قضيت عليك بالنكول ، فان لم يحلف قضى عليه بالنكول اذا سأله المدعى ذلك . ولا ترد اليمين على المدعى الا فى رأى أبى الخطاب على ماذكره صاحب المغنى : « والنكول عندهم كاقامة بينة وليس بمثابة الاقرار لأنه لا يتأتى جعل الناكل مقرا مع انكاره كما أنه ليس بمثابة البذل لأن البذل قد يكون تبرعا ولامجال للتبرع هنا .

ولا يقضى بالنكول الا فى الأموال وما يقصد به المال كالعقود والمعاملات مما تقبل فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو رجل ويمين المدعى [٢] .

مذهب الظاهرية :

وفى مذهب الظاهرية فان لم يكن للطالب بينة وأبى المطلوب من اليمين أجبر عليها أحب أم كره بالأدب ، ولا يقضى عليه بنكوله فى شىء من الأشياء أصلا . ولا ترد اليمين على الطالب البتة [٣] » .

مذهب الزيدية :

وفى مذهب الشيعة الزيدية : جاء فى شرح الأزهار [٤] : واذا لم يكن للمدعى بينة فى المجلس فطلب يمين المنكر فنكل عن اليمين فانه يجب عليه ذلك الحق بالنكول وهذا مذهب الهادى والناصر .

وانما يحكم بالنكول اذا وقع فى مجلس الحاكم سواء نكل مرة أو أكثر الا فى الحد والنسب فانه لا يحكم فيهما بالنكول واذا سكت المدعى عليه ولم يجب أو قال : لا أقر ولا أنكر ، فلا يحكم عليه بالنكول ولكن يحبس حتى يقر أو ينكر فيطلب منه اليمين وان نكل ، ولو نكل المدعى عليه عن اليمين ثم أجاب الى الحلف وجب أن يقبل اليمين بعد النكول ما لم يحكم فلا يقبل ، لأن النكول ليس باقرار حقيقة ولا يجب به الحق الا بعد الحكم .

مذهب الامامية :

وفى مذهب الشيعة الامامية ، جاء فى المختصر النافع [٥] : « ولو نكل المنكر عن اليمين وأصر قضى عليه بالنكول ، وهو المروى . وقيل يرد اليمين على المدعى ، فان حلف ثبت حقه ، وان نكل بطل ، وان بذل

---

(١) التبصرة جـ ١ ص ١٥٢ وما بعدها وحواشى التحفة جـ١٠ ص٣٢٠ وما بعدها .
(٢) كشاف القناع جـ ٦ ص ٢٧٣ .
(٣) المحلى جـ ٩ ص ٣٧٢ ومابعدها مسألة ١٧٨٣ .
(٤) شرح الأزهار جـ ٤ ص ١٤٥ وما بعدها .
(٥) ص ٢٨٢ الطبعة الثانية .

المنكر اليمين بعد الحكم بالنكول لم يلتفت اليه » .

الشــهادة

اتفق الفقهاء جميعا على أن الشهادة من طرق القضاء ، لقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء »

«واللاتى يأتين الفاحشة من نســائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » [١] .

« وأشهدوا ذوى عدل منكم [٢] » .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « البينـة على المدعى واليمين على من أنكر » واجماع الأمة على أنها حجة يبنى عليها الحكم ، غير أنها ليست حجة بنفسها اذ لا يثبت بهـا الحق ولا يلزم من عليه أن يؤديه الا اذا اتصل بها القضاء .

هل فى الشهادة معنى الولاية ؟

ما فى الشهادة من معنى الولاية

صرح الحنفية والشـافعية بأن الشــهادة فيها معنى الولاية ورتبـوا على ذلك عدم قبول شهادة بعض الطوائف لعلة انعـدام الولاية فيهم ، وندد ابن القيم بذلك وقال انه معلوم البطلان والشهادة لا تستلزمه [٣] .
ومجال ذلك وبيانه فى مصطلح « شهادة » (انظر شهادة) .

---

(١) آية ١٥ سورة النساء .
(٢) آية ٢ سورة الطلاق .
(٣) ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٧٣ ومابعـدها وحـواشى التحفة جـ١٠ ص٢١٢ والطرق الحكمية .

مراتب الشهادة ونصابها

مذهب الحنفية :

يقول الحنفيــة أن الشــهادة على أربع مراتب :

المرتبــة الأولى : الشــهادة على الزنا ونصابها أربعة رجال ، فلا تقبل فيها شهادة النساء ، ولا شهادة عدد من الرجال أقل من أربعة ، لقوله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاســتشهدوا عليهن أربعة منكم » ، « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء » [٤] .

وهذا اذا أريد اثبات الزنا لأجل اقامة الحد أما اذا أريد اثبــاته لأجل حق آخر يترتب على ثبوته ، فلا يشترط فيه هــذا العــدد بل يثبت بشــهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو بالنكول ، كما اذا علق الزوج طلاق زوجته على الزنا ، وادعت الزوجة حصوله وأنكر الزوج فأثبتتــه بالبينة أو طلبت تحليفــه فنــكل يثبت وتطلق المرأة ولكن لا يحد الزوج .

المرتبة الثانية : الشهادة على بقية الحدود والقصــاص فى النفس أو فيمــا دونهــا ، ونصابها رجلان ، ولا تقبل فيهــا شهادة النساء لأنها تندرىء بالشبهات : « ادرأوا الحدود بالشبهات » . وشهادة النساء فيها شبهة البدلية عن شــهادة الرجال ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ، وان لم تكن بدلا عنها حقيقة ، ولما قال الزهرى «مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليــه وســلم والخلفيتين من بعــده لا شــهادة للنساء فى الحدود والقصاص » .

---

(٤) آية ١٣ سورة النور .

وهـذا اذا أريد باثبـات ما ذكر اقامة الحدود والقصاص ، أما اذا أريد اثبات حق آخر فلا تشترط الذكورة ، كما اذا علق عتق عبده على شرب الخمر ، فانه يجوز اثبـات الشرب بشـهادة رجل وامرأتين ، ويعتق العبد ولكن لا يحد المشهود عليه بالشرب لعدم توفر الشرط فى الشهادة .

المرتبة الثالثة : الشهادة على ما لا يطلع عليـه الرجال عادة من عيـوب النساء فى المواضع التى لايطلع عليها الرجال كالبكارة والثيوبة والولادة والرتق والقرن ، وفيها تكفى شهادة امرأة واحـدة وثنتان أحوط لقوله صلى الله عليه وسلم : « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه » وقول حذيفة رضى الله عنه : « أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة » .

المرتبة الرابعة : سائر الحقوق والمسائل غير ما تقدم ، كالبيع والشراء وسائر العقود والمعاملات والحقـوق الماليـة والنـكاح والطلاق والوصـية والوقف والقتل الذى موجبه المال ، ونصاب ذلك كله رجلان أو رجل وامرأتان ، لقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء» والآية وان كانت فى مقـام حفـظ الحق والتوفق له الا أن القصد من الحفظ اثبات هذه الحقوق عند التجاحد والتخاصم أمام الحاكم وذلك يقتضى اقامة الشـهادة عند الحاكم ووجوب أخذ الحـاكم بها والا لما ظهرت مزية الحفظ [1] .

(١) ابن عابدين جـ٤ ص٥٧٤ وما بعدها .

مذهب المالكية :

وقال المالكية : ان البينات أنواع :

الأول الشهادة على رؤية الزنا ، وهـذا متفق على أن نصابه أربعة رجال ولا تقبل فيه شهادة النساء ، وقد ألحقوا بهذا النوع أحكاما لابد فيها من أربعة شهود وحكوا فيها خلافا ، منها الشـهود الذين يحضرون لعان الزوجين ، والمذهب أن أقلهم أربعة .

الثانى : الشهادة فيما ليس بمال ويطلع عليـه الرجال غالبـا ، كالنـكاح والطلاق والنسب والشرب والقذف والوكالة وقتل العمد ، وهذه لا تثبت الا بشهادة رجلين ولا مدخل فى شىء منها للنساء .

الثالث : الشهادة فى الأموال وحقـوقها كالآجال والخيار والشفعة والاجارة وقتـل الخطأ والقرض والبيع وما فى بابه ، وكذا ما يتعلق بالمال كاثبات التـوارث والوكالة بطلب المال ، ونصاب الشهادة فيها اثنان : رجلان أو رجل وامرأتان .

والرابع : أحكام لا يطلع عليها الرجال غالبا كالولادة والبـكارة والثيوبة وعيوب النساء مما تحت ثيابهن ، وهذه تجـزىء فيها شهادة امرأتين .

وهناك ما يقبل فيه رجل واحـد يؤدى علما وخبرة كالطبيب والقائف والترجمان ، وما تقبل فيه امرأة واحدة كما فى عيـوب الأمة التى لا يطلع عليها الرجال اذا كانت حاضرة ، وفى ثبوت الرضاع [٢] .

(٢) التبصرة جـ ١ ص ١٧٠ ومابعـدها ، ٢١٣ وما بعدها .

مذهب الشافعية :

وقال الشافعية : يشترط للزنا واللواط واتيان البهيمة والميتة ، أربعة رجال بالنسبة للحد أو التعزير ، لقوله تعالى « ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » [١] .

أما بالنسبة لوقوع طلاق علق عليه ، فيثبت برجلين لا بغيرهما .

ويشترط للمال عين أو دين أو منفعة ، ولكل ما قصد به المال من عقد أو فسخ مالى كبيع واقالة ورهن وشفعة ووراثة ، ولكل حق مالى كخيار وأجل وجناية توجب مالا : رجلان أو رجل وامرأتان . ويشترط لغير ذلك مما ليس بمال ولا يقصد منه المال من عقوبة لله تعالى كحد شرب ، أو لآدمى كقود وحد قذف ، ولما يطلع عليه الرجال غالبا كنكاح وطلاق ورجعة واسلام واعسار ، رجلان لا رجل وامرأتان . اذ لا تقبل فيه شهادة النساء لقول الزهرى : « مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا تجوز شهادة النساء فى الحدود ولا فى النكاح ولا فى الطلاق » .

ويشترط لما يختص بمعرفته النساء أو لا يراه الرجال غالبا ، كبكارة وضدها ، ورتق وقرن ، وولادة وحيض وعيوب تحت الثياب ، رجلان أو رجل وامرأتان أو أربع نسوة وحدهن للحاجة ، ولا يحكم بشاهد واحد الا فى هلال رمضان [٢] .

مذهب الحنابلة :

وقال الحنابلة : ان أقسام المشهود به سبعة : أحدها الزنا واللواط فلا يقبل فيهما أقل من أربعة رجال لقوله تعالى : « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون » .

وقول النبى صلى الله عليه وسلم لهلال ابن أمية : « أربعة شهداء والا حد فى ظهرك » .

واللواط من الزنا ، وكذا الشهادة على الاقرار بهما ، لابد فيها من أربعة رجال يشهدون أنه أقر أربعا .

والثانى : دعوى الفقر ، فلا يقبل قول من عرف بالغنى أنه فقير الا بثلاثة رجال ، لحديث مسلم : « حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجى من قومه : لقد أصابت فلانا فاقة » .

والثالث : بقية الحدود كحد القذف والشرب وقطع الطريق فلا تثبت بأقل من رجلين وكذا القود ، لقول الزهرى : « مضت السنة على عهد النبى صلى الله عليه وسلم ألا تقبل شهادة النساء فى الحدود » .

والرابع : ما ليس بعقوبة ولا مال ويطلع عليه الرجال غالبا كالنكاح والطلاق والنسب والايصاء ، والتوكيل فى غير المال فلا يقبل فيه أقل من رجلين .

---

(١) الآية ١٣ سورة النور .
(٢) حواشى تحفة المحتاج ج ١٠ ص ٢٤٥ وما بعدها.

والخامس : فى موضحة ونحوها (نوع من جراحة الرأس) وداء بعين وداء دابة فيقبل فيه طبيب واحد وبيطار واحد ان تعذر اشهاد اثنين عليه فان لم يتعذر فلابد من اثنين .

والسادس : فى مال وما يقصد به المال كالبيع وأجله وخياره والرهن والمهر والشركة والشفعة وجناية الخطأ فيقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان ، لقوله تعالى : « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » وسياق الآية يدل على الاختصاص بالأموال والاجماع منعقد على ذلك ، ولا تقبل شهادة أربع نسوة فأكثر مقام رجلين .

والسابع : ما لايطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والبكارة والحيض والولادة والاستهلال . وجراحة فى حمام وعرس ونحوهما مما لا يحضره الرجال . فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة ، لما روى حذيفة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وحدها » .

وروى أبو الخطاب عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يجزىء فى الرضاع شهادة امرأة واحدة » ، والأحوط اثنتان وان شهد به رجل كان أولى لكماله[1] .

مذهب الظاهرية :

يقول ابن حزم فى المحلى [2] : « ولا يجوز أن يقبل فى الزنا أقل من أربعة رجال عدول مسلمين أو مكان كل رجل امرأتان مسلمتان عدلتان ، فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين ، أو رجلين وأربع نسوة أو رجلا واحدا وست نسوة ، أو ثمان نسوة فقط . ولا يقبل فى سائر الحقوق كلها من الحدود والدماء وما فيه القصاص والنكاح والطلاق والرجعة والأموال الا رجلان مسلمان عدلان أو رجل وامرأتان كذلك أو أربع نسوة كذلك .

ويقبل فى كل ذلك حاشا الحدود رجل واحد عدل أو امرأتان كذلك مع يمين الطالب ، ويقبل فى الرضاع وحده امرأة واحدة عدلة أو رجل واحد عدل . .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار [3] : واعلم أنه يعتبر فى الزنا واقراره أربعة رجال أصول ، فلا يقبل فى الشهادة على الزنا ولا على الاقرار به شهادة دون أربعة رجال ولا شهادة النساء والفروع « أى الشهادة على الشهادة) وفى حق الله كحد الشارب ولو مشوبا كحد القاذف والسارق للقطع ، وفى القصاص : يعتبر رجلان أصلان ، ولا تقبل فيه شهادة النساء ولا الفروع وفى عورات النساء وما لا يطلع عليه الرجال منهن تقبل معه امرأة عدلة : الحرائر والاماء سواء ، وفيما عدا حقوق الله المحضة والمشوبة والقصاص وما ذكر يقبل فيه رجلان أو رجل واحد وامرأتان أو شاهد ويمين المدعى سواء فى نكاح أو طلاق أو

(١) كشاف القناع جـ٦ ص٣٥٠ وما بعدها .
(٢) جـ٩ ص٣٩٥ مسألة ١٧٨٦ .
(٣) جـ ٤ ص ١٨٥ وما بعدها .

نسب أو مال ، ولا يقبل شـاهد ويمين فى أصل الوقف بل لابد من رجلين أصليين .

مذهب الامامية :

فى مذهب الشيعة الامامية : جاء فى المختصر النافع [١] ولا تقبل شهادة النساء فى الهلال والطلاق ، وفى قبولها فى الرضـاع تردد أشبهه القبول، ولاتقبل فى الحدود ، وتقبـل مع الرجال فى الرجم على تفصـيل يأتى . وفى الجراح والقتل بأن يشهد رجل وامـرأتان ، ويجب بشـهادتهن الدية لا القود ، وفى الديون مع الرجال ، ويقبلن منفردات فى البـكارة وعيـوب النسـاء الباطنة ، وتقبل شهادة القابلة فى ربع ميراث المستهل الذى يصرخ عند الولادة ، وامرأة واحدة فى ربع الوصية ، وكذا كل امرأة يثبت شهادتها فى الربع حتى يكملن أربعـا فتقبل شهادتهن فى الوصية أجمع .

وفى كفاية الأحكام من باب الشـهادات تقبل فى عيوب النساء والاستهلال والنفاس والحيض والولادة والرضاع شهادة امرأتين مسلمتين واذا لم يوجد الا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها فيه .

وفى كتاب شرائع الاسلام وتقبل شهادة امرأتين مع رجل فى الديون والأموال .

وفى المختصر [٢] : « ويثبت الزنا بالاقرار أو البينة ، ولا يكفى فى البينة أقل من أربعة رجال أو ثلاثة وامرأتين ولو شـهد رجلان وأربع نساء يثبت بهم الجلد لا الرجم . ولا تقبل شهادة ست نساء ورجل ولا شـهادة النساء منفردات ، ولو شهد ما دون الأربع لم يثبت وحدوا للفرية » .

وجاء فيـه أن حد القـذف والسـكر والسرقة يثبت بشهادة عدلين وكذا المحارب، وفى القصاص يثبت بالبينة شاهدين لاشاهد وامرأتين ، وفى اتيان البهائم ووطء الأموات يثبت بشـهادة رجلين عـدلين ، ولا يثبت بشهادة النساء منفردات ولا منضمات .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل [٣] : وتقبل من عدلين حرين بالغين عاقلين أو امرأتين كذلك مع عدل ولو وجد عدلان الا فى زنا . وترد من نساء فى الحدود مطلقا ، الرجم والجـلد والتعزير والنكال والحد وقطع السارق ، فلا تقبل مع الرجال كما لا تقبل منهن وحدهن

وقيل ترد منهن فى الزنا رجما أو جلدا وتقبل فى غيره ، وتقبل منهن فيما لا يباشره الرجال كرتق وعفل وبكارة وثيوبة وبيان حمل وحياة مولود وموته عند ولادته ، ومن قابلة أمينة فان قولها بحياة المولود وموته ونحو ذلك مقبول ، ان لم تجر لنفسها أو لمن لا تشهد له نفعا أو تدفع ضررا .

واختلفوا فى نصاب النساء فيما لايباشره الرجال فقيل أمينة وقيـل أمينتان بمنزلة رجل ، وقيل أربع ، كل اثنتين بمنزلة رجل

---

(١) ص٢٨٧ وما بعدها الطبعة الثانية .

(٢) المختصر النافع ص٢٩٢ ، ٢٩٨ ، ٣٠٠ ، ٣٠٢ ، ٣٠٤ .

(٣) جـ ٦ ص ٥٨٤ وما بعدها .

شهادة غير المسلمين

مذهب الحنفية :

يقول الحنفية : ان الشهادة فيها معنى الولاية ، ومن ثم لا تجوز شهادة غير المسلم على المسلم لانعدام الولاية « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » [١] .

« وتقبل شهادة المسلم على غير المسلم لتحقق المعنى » .

وكذا شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض ، وان اختلفت مللهم لأن الذمى من أهل الولاية على نفسه وأولاده وهو يجتنب ما يعتقده محرما فى دينه والكذب محرم فى الأديان كلها .

ولا تقبل شهادة المستأمن على مثله مع اختلاف الدار بينهما لانقطاع الولاية ، وقالوا أيضا لا تقبل شهادة غير العاقل ولا الصبى ولا المملوك لأنهم ليسوا من أهل الولاية [٢] .

مذهب المالكية والشافعية :

وقال المالكية والشافعية : لا تجوز شهادة غير المسلمين مطلقا لا على المسلمين ، ولا على بعضهم البعض سواء اتحدت ملتهم أو اختلفت وسواء أكان فى السفر أم فى الحضر ، لقوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » .

وقوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » .

(١) آية ١٤١ سورة النساء

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٥٧٢ وما بعدها .

وذكر ابن القيم فى الطرق الحكمية [٣] : ان الامام مالكا أجاز شهادة الطبيب الكافر حتى على المسلم للضرورة .

وذكر ابن حزم فى المحلى [٤] : ان المالكية أجازوا شهادة طبيبين كافرين حيث لا يوجد طبيب مسلم [٥] .

مذهب الحنابلة :

وقال الحنابلة : لا تجوز شهادة غير المسلم ولو كان من أهل الذمة مطلقا لا على مسلم ولا على مثله اتحدت ملتهم أو اختلفت لقوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » ، وغير المسلم ليس منا ولأنه غير مأمون .

واستثنوا حالة الوصية فى السفر ، فأجازوا شهادة أهل الكتاب بالوصية فى السفر ممن حضره الموت من مسلم وكافر عند عدم وجود مسلم ، فتقبل شهادتهم فى هذه الحالة فقط ولو لم تكن لهم ذمة لقوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم [٦] » ، وأجاب غيرهم بأن معنى قوله « أو آخران من غيركم » أى من غير عشيرتكم ، أو أن الآية منسوخة بقوله تعالى « وأشهدوا ذوى عدل منكم » [٧] .

(٣) ص ٢٠٩ .

(٤) ج ٩ ص ٤٠٩ .

(٥) التبصرة جا ص ١٧٣ وما بعدها وحواشى التحفة ج ١٠ ص ٢١١ .

(٦) الآية ١٠٦ سورة المائدة .

(٧) كشاف القناع ج ٦ ص ٣٣٧ وما بعدها .

مذهب الظاهرية :

وفى مذهب الظاهرية يقول ابن حزم فى المحلى [1] : « لا يجوز أن يقبل كافر أصلا لا على كافر ولا على مسلم ، حاشا الوصية فى السفر فقط ، فانه يقبل فى ذلك مسلمان أو كافران من أى دين كانا ، أو كافر وكافرتان أو أربع كوافر ، ويحلف الكفار ههنا مع شهادتهم ، بعد الصلاة بالله لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربى ، ولا نكتم شهادة الله انا اذن لمن الآثمين .

برهان ذلك قول الله تعالى : « يأيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا [2] » . والكافر فاسق فوجب ألا يقبل .

وقال الله تعالى : « يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم فى الأرض .. » الآية ، فوجب أخذ حكم الله تعالى كله ، وأن يستثنى الأخص من الأعم ليتوصل بذلك الى طاعة الجميع .

مذهب الزيدية : [3]

ولا تصح من كافر حربى وثنى أو ملحد أو مرتد مطلقا ، ولا من غيرهم على مسلم اجماعا لقوله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » . وقوله صلى الله عليه وسلم : « الاسلام يعلو » .

ويقبل الذمى على أهل ملته كالمسلم على مثله بخلاف الحربى لانقطاع أحكامهم ، فأشبه المرتد ، ولا تقبل على مسلم اجماعا ولو على وصيته فى السفر لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تقبل شهادة ملة على ملة الا ملة الاسلام ، فانها تجوز على الملل كلها » .

مذهب الامامية :

وفى مذهب الشيعة الامامية ، جاء فى المختصر النافع [4] : وتقبل شهادة المؤمن على أهل الملل ، ولا تقبل شهادة أحدهم على المسلم ولا غيره . وهل تقبل على أهل ملته ؟ فيه رواية بالجواز ضعيفة ، والأشبه المنع .

وفى كتاب شرائع الاسلام : ان شهادة غير المسلم تقبل على المسلم وغيره فى الوصية مع عدم حضور عدول المسلمين ، ولا يشترط كون الموصى فى غربة .

مذهب الأباضية :

وفى مذهب الاباضية ، جاء فى شرح النيل [5] : والاجماع على عدم قبول شهادة الكفار على المسلمين ، وتجوز شهادة مشرك على مشرك من ملته ، وبعضهم يجيز شهادة أعلاهم على من دونه كنصرانى على يهودى ، ويهودى على مجوسى .

وتقبل من كتابى على مثله فى ملته ، ويهودى على يهودى ، ونصرانى على نصرانى ، وترد من ذى ملة على أخرى فوقها أو دونها [6] .

---

(١) الآية ٦ سورة الحجرات .
(٢) جـ٩ ص٤٠٥ وما بعدها مسالة ١٧٨٧ .
(٣) البحر الزخار جـ٥ ص٢٣ وما بعدها وص٣٨ ومابعدها وشرح الأزهار جـ ٤ ص ١٩٢ ومابعدها .
(٤) ص ٢٨٦ .
(٥) جـ٦ ص ٥٨٥ .
(٦) المرجع السابق ص ٦٠٠ .

وقيل يجوز كل ملة شرك على ملة شرك أخرى ، وجوزت من أهل ملة على أهل ملة دونها لا فوقها .

ومن قال : الشرك كله ملة واحدة أجاز شهادة كل ملة على أخرى .

الشهادة على النفى

مذهب الحنفية :

الأصل عند الحنفية أن الشهادة على النفى لا تقبل ، ولكنهم قالوا : اذا توافرت شروط التواتر فى الشهادة على النفى تقبل ، كما اذا ادعى شخص على آخر أنه اعتدى عليه بالضرب أو بالقذف فى يوم كذا فى مكان كذا ، وحدده . فأقام المدعى عليه بينة على أنه لم يكن فى ذلك اليوم فى ذلك المكان بل كان فى مكان كذا ، وتواتر بين الناس أنه كان حقيقة فى المكان المذكور فى اليوم المذكور ، وكذلك اذا كان النفى شرطا لثبوت أمر وجودى مترتب عليه ، كقول الشخص ان لم أدخل الدار اليوم فامرأتى طالق أو عبدى حر ، فبرهنت المرأة أو العبد على أنه لم يدخل الدار فى هذا اليوم تقبل ، لأن الغرض من اثبات الشرط فى الواقع اثبات الجزاء وهو الطلاق أو العتق ، وكذلك اذا كان النفى يحيط به علم الشاهد ، كما اذا قال الزوج للمرأة : بلغك النكاح ؟ فسكتت ، وقالت رددت ، فأقام بينة على سكوتها ، تقبل . لأن السكوت فى مجلس محدد الطرفين مما يحيط به الشاهد القائم على المجلس وكذلك لو كان النفى ضمن اثبات ، كما اذا اختلفا فى أن المرضع أرضعت الصغير بلبن شاة أو بلبن نفسها ، فشهدت البينة بأنها أرضعته بلبن شاة لا بلبن نفسها تقبل ، لأن النفى هنا داخل ضمن الاثبات فان قولهما أرضعته بلبن شاة يتضمن أنها لم ترضعه بلبن نفسها ، وقولهما بعد ذلك : لا بلبن نفسها تصريح بالنفى الذى تضمنه الاثبات ، وكشهادة الشاهدين بانحصار ارث المتوفى فى أولاده زيد وعمرو وخالد ، ولا وارث له سواهم .

جاء فى فروع الدر من باب القبول وعدمه فى الشهادات : « شهادة النفى المتواتر مقبولة » .

وفى تعليق ابن عابدين فى الحاشية على ذلك : « وذكر فى الهامش فى النوادر عن الثانى ، شهدا عليه بقول أو فعل يلزم عليه بذلك اجارة أو بيع أو كتابة أو طلاق أو عتاق أو قتل أو قصاص فى مكان أو زمان وصفاه ، فبرهن المشهود عليه أنه لم يكن ثمة يومئذ ، لا تقبل .

لكن قال فى المحيط فى الحادى والخمسين : ان تواتر عند الناس ، وعلم الكل عدم كونه فى ذلك المكان والزمان فلا تسمع الدعوى ويقضى بفراغ الذمة لأنه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة ، والضروريات مما لا يدخله الشك عندنا .

وفى هذا التعليق أيضا : « وذكر الناطفى : أمن الامام أهل مدينة من دار الحرب فاختلطوا بمدينة أخرى وقالوا كنا جميعا فشهدا أنهم لم يكونوا وقت الأمان فى تلك المدينة يقبلان ، اذا كانا من غيرهم .

وذكر الامام السرخسى : ان الشرط وان نفيا كقوله ان لم أدخل الدار اليوم فامرأته كذا ، فبرهنت على عدم الدخول اليوم يقبل .. لأن الغرض اثبات الجزاء ، وقد علل صاحب الفتح قبول بينة الزوج على سكوت المرأة فى مجلس بلوغها النكاح بقوله : لأنها لم تقم على النفى بل على حالة وجودية فى مجلس يحاط بطرفيه أو هو نفى يحيط به الشاهد فيقبل .

وقد ذكرت هذه الفروع وغيرها فى جامع الفصولين ، وذكر أن الشهادة فيها قبلت على النفى [1] .

مذهب المالكية :

وفى مذهب المالكية يقول صاحب التبصرة [2] : « قال القرافى : اشتهر على ألسنة الفقهاء ان الشهادة على النفى غير مقبولة ، وفيه تفصيل . فان النفى قد يكون معلوما بالضرورة أو بالظن الغالب الناشىء عن الفحص ، وقد يعرى عنهما .

فهذه ثلاثة أقسام :

الأول : تجوز الشهادة به اتفاقا كما لو شهد أنه ليس فى هذه البقعة التى بين يديه فرس ونحوه ، فانه يقطع بذلك ، وكذلك يجوز أن يشهد أن زيدا لم يقتل عمرا بالأمس لأنه كان عنده فى البيت لم يفارقه ، أو أنه لم يسافر لأنه رآه فى البلد فهذه شهادة صحيحة بالنفى .

الثانى : يجوز الشهادة بالنفى مستندا الى الظن الغالب ، ومن ذلك الشهادة على حصر الورثة وأنه ليس له وارث غير هذا ، فمستند الشاهد الظن ، وقد يكون له وارث لم يطلع عليه ، فهى شهادة على النفى مقبولة .

الثالث : ما عرى عنهما ، مثل أن يشهد أن زيدا لم يوف الدين الذى عليه أو ما باع سلعته ونحو ذلك ، فهذا نفى غير منضبط ، وانما تجوز الشهادة على النفى المضبوط قطعا أو ظنا .

مذهب الشافعية :

وفى مذهب الشافعية : يقول الامام الجلال السيوطى فى الاشباه والنظائر [3] : « الشهادة على النفى لا تقبل الا فى ثلاثة مواضع :

أحدها : الشهادة على أنه لا مال له وهى شهادة الاعسار .

الثانى : الشهادة على أنه لا وارث له .

الثالث : « أن يضيفه الى وقت مخصوص ، كأن يدعى عليه بقتل أو اتلاف أو طلاق فى وقت كذا فيشهد له بأنه ما فعل ذلك فى هذا الوقت فانها تقبل فى الأصح » .

مذهب الحنابلة :

وفى مذهب الحنابلة : ان الشهادة على النفى مقبولة اذا كان النفى مضبوطا ويحيط به علم الشارع أو كان يستند الى علم أو دليل ظنى .

---

(١) التبصرة جـ٢ ص١٣ وما بعدها .
(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٦٠٠ وجامع الفصولين جـ١ ص ١٢٢ وما بعدها .
(٣) ص ٦٠٨ وما بعدها .

جاء فى كشاف القناع [١] : « وان شــهدا لمن ادعى ارث ميت أنه وارثه لا يعلمان له وارثا سواه حكم له بتركته ســواء كانا من أهل الخبرة الباطنة بصحبــة أو معاملة أو جوار أو لا ، لأنه قد ثبت ارثه والأصل عدم الشريك فيه .

وان قالا : لا نعلم له وارثا غيره فى هذا البلد أو بأرض كذا ، فكذلك . لأن الأصل عدمه فى غير هذا البلد وقد نفيا العلم به فى هذا البلد فصار فى حكم المطلق .

الى أن قال الموفق فى فتاويه: انما احتاج الى اثبات أن لا وارث له سواه لأنه يعلم ظاهرا ، فانه بحكم العادة يعرفه جاره ومن يعرف باطن أمره بخلاف دينه على الميت لا يحتــاج الى اثبات ألا دين له ســواه لخفاء الدين ولا ترد الشــهادة على النفى المحصور بدليل المسألة المذكورة ومســألة الاعسار ، والبينــة فيــه تثبت ما يظهر ويشاهد ، بخلاف شهادتهما : لا حق له عليه . ويدخل فى كلامهم ان كان النفى محصورا قبلت كقول الصحابى ، دعى النبى صلى الله عليه وسلم الى الصــلاة ، وكان يأكل لحما مشويا من شاة يحتز منه بالسكين فطرح السكين وصلى ولم يتوضأ .

قال القاضى : لأن العلم بالتــرك والعلم بالفعل سواء فى هذا المعنى ، ولهذا نقول ان من قال صحبت فلانا فى يوم كذا فلم يقذف فلانا قبلت شــهادته كما تقبــل فى الاثبات .

مذهب الزيدية :

وفى مذهب الشيعة الزيدية : لا تقبــل الشهادة على النفى الا اذا كان النفى يقتضى الاثبات وكان متعلقا به .

جاء فى شرح الأزهــار [٢] : « واعلم أن الشهادة لا تصح على نفى نحو أن يشهد الشهود انه لا حق لفلان على فلان أو أن هــذا الشىء ليس لفــلان ، الا أن يقتضى الاثبات ويتعلق به نحو أن يشهدوا أنه لا وارث لزيد سوى فلان ، فان هذا نفى لكنه يقتضى أن فلانا هو الذى يستحق جميــع الميراث ، فاقتضى النفى الاثبات مع كونه متعلقا به لأن كونه الوارث وحــده يتعلق بأنه يستحق جميع الميراث ، فلو اقتضــاه ولكن ليس بينهما تعلق لم تصح نحو أن يشهدوا أنه قتــل أو باع فى يوم كذا فى موضع كذا ، ثم شهد آخران أن الفــاعل أو الشهود أو المشهود بقتله فى ذلك اليوم فى موضع آخر غير الذى شــهدوا عــلى وقوع الفعل فيه ، فانها شهادة على النفى أى أنه ما قتل وما باع فى ذلك الموضــع فلا تصح ، لأنها وان تضمنت العلم ببراءة المشهود عليه . لكن ليس بين كونه فى موضع كذا فى يوم كذا وبين القتل والبيع تعلق ، فلم تصح لعدم التعلق .

وقال بعضهم : تصح ، لأنهــا تضمنت العلم ببراءة الفــاعل وهــذا غاية التعلق فصحت .

(١) جـ٦ ص٣٢٣ وما بعدها .

(٢) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٢٢٩ وما بعدها .

وفى البحر الزخار : « ولا تصح على نفى كلاحق لفلان ونحوه ، الا حيث يمكن اليقين كعلى اقرار بنفى ، أو انه لم يكن بحضرتنا [١] » .

وهذا يضيف جواز الشهادة على النفى الذى يتيقن به .

مذهب الامامية :

تقبل شهادة فى دعوى الاعسار ، فلو شهدت البينة بالاعسار مطلقا دون تعرض لتلف المال المعلوم أصله وغيره لم تقبل حتى تكن مطلعة على باطن أمره بالصحبة المؤكدة ، وكذا تقبل فى دعوى المواريث فى دار فى يد انسان ادعى آخر أنها له ولأخيه الغائب ارثا عن أبيهما وأقام بينة ، فان كانت كاملة وشهدت أنه لا وارث له سواهما سلم اليه النصف ونعنى بالكاملة ذات المعرفة المتقادمة والخبرة الباطنة [٢] .

مذهب الأباضية :

وفى مذهب الاباضية جاء فى شرح النيل [٣] : وان شهد الشاهدان أنه قتله فى موضع كذا وقت كذا ، وشهد آخران له أنه فى ذلك الوقت فى موضع كذا ، فانه يقتل وبطلت بينته .

وقال وائل بن أيوب : « سقط القتل عنه » . فهو يذكر رأيين فى المسألة كما ذكر فى مذهب الزيدية .

(١) البحر الزخار جـ ٥ ص ٥٢ .
(٢) شرائع الاسلام من باب القضاء ص ٣٣٤ .
(٣) جـ ٦ ص ٦٢١ .

الشهادة على الشهادة

تقبل الشهادة على الشهادة فى المذاهب الثمانية [٤] بشروط وأوضاع مفصلة فى المذاهب ومجال بيانها فى مصطلح «شهادة» (أنظر شهادة) .

علم القاضى

مذهب الحنفية :

يقول الحنفية : اذا كان القاضى قد استفاد علمه بحقيقة الحادثة المعروضة عليه فى زمن قضائه وفى المكان الذى يتولى القضاء فيه ، فان كانت الحادثة فى حد خالص لله تعالى كحد الزنا والشرب فلايجوز له القضاء فيها بعلمه للشبهة الموجبة لدرء الحد ، وان كانت فى حد فيه حق للعبد كحد القذف أو فى حقوق العباد الخالصة كالأموال والعقود المقصود منها المال من البيع والشراء والقرض أو غير الأموال كالنكاح والطلاق والقتل ، يجوز القضاء فيها بعلمه ، وهذا بالاتفاق بين الامام وصاحبيه .

أما اذا كان قد استفاد علمه بحقيقة الحادثة قبل توليه القضاء أو بعد توليه القضاء ولكن فى غير المكان الذى يتولى القضاء فيه ولو علم بها فى مصر آخر حال قضائه ثم عاد الى مصره فرفعت اليه وعلم بها وهو قاض فى مكان قضائه ثم عزل ثم

(٤) ابن عابدين جـ ٤ ص٦٠٧، والتبصرة جـ١ ص٢٩٢ وحواشى التحفة جـ١٠ ص٢٧٤ ، وكشاف القناع جـ٦ ص٣٥٥ ، المحلى جـ٩ ص٤٣٨ مسألة ١٨١٤ وكفاية الاحكام باب الشهادة ، والمختصر النافع ص٢٨٩ ، والبحر الزخار جـ٥ ص٣٩ ، وشرح النيل جـ٦ ص٥٧٦ ، ٥٨٧ .

أعيـد الى القضاء فعرضت عليه الحادثة ، ففى هذه الحالات كلها ، لا يجـوز له أن يقضى بعلمه عند الامام أبى حنيفة ، سواء كانت فى حدود الله الخالصة أو فى غيرها من الحدود الأخرى أو حقوق العباد المالية أو غير المالية .

وقال الصاحبان أبو يوسف ومحمـد : يجوز له أن يقضى بعلمه فى تلك الحـالات جميعها الا فى حدود الله الخالصة ، فانه لا يجوز له أن يقضى فيها بعلمه كما قال الامام

غير أنه فى حد الشرب اذا أتى بشخص فى حالة سـكر ينبغى له أن يعزره لأجـل التهمة ولا يكون ذلك من باب القضـاء ولا اقامة الحد اذ له تعزير المتهـم فان لم يثبت عليه ، هذا هو رأى المتقـدمين من فقهاء الحنفية ، أما المتأخرون منهم فقـد أفتوا بعدم جواز قضاء القاضى بعلمـه فى زماننا فى شيء أصلا لغلبـة الفسـاد فى القضاة .

وقـد روى عن الامام أبى حنيفـة أن القاضى اذا علم بطلاق أو عتق أو غصب ، أمر بأن يحال بين المطلق ومطلقته والمعتـق وأمته والغاصب وما غصـبه ، بأن يجعل المطلقة أو الأمة أو المغصوبة تحت يد أمين الى أن يثبت ما علمه القاضى بطريق شرعى ببينة أو اقرار أو نكول وذلك لكيلا يقربها المطلق أو السيد أو الغاصب ، وهذا على وجه الحسبة لا على وجه القضاء .

ومذهب المتأخرين هو المعتمـد وعليـه الفتوى وعليه العمل الآن ، ومن ثم يمكن القول بأن علم القاضى ليس طريقا للقضاء على المعتمد فى مذهب الحنفية .

جاء فى تنـوير الأبصـار وشرحه الدر المختار : « واعلم أن الكتابة بعلمه كالقضاء بعلمه فى الأصح ، فمن جوزه جوزها ومن لا فلا ، الا أن المعتمد عدم حكمه بعلمه فى زماننا « أشباه » وفيها الامام يقضى بعلمه فى حد قذف وقود وتعزير .

قلت : فهل الامام قيد ؟ لم أره .

لكن فى شرح الوهبانيـة للشرنبلالى ، والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقا كما لا يقضى بعلمه فى الحدود الخالصـة لله تعالى كزنا وخمر مطلقا ، غير انه يعزر من به أثر السكر للتهمة .

وعن الامام أن علم القـاضى فى طلاق وعتاق وغصب يثبت الحيلولة على وجـه الحسبة لا القضاء .

وعلق ابن عابدين فى الحاشية على ذلك بما يأتى ملخصا : « وشرط جوازه عنـد الامام أن يعلم فى حال قضائه فى المصر الذى هو قاضيه بحق غير حد خالص لله تعالى من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق أو قتل عمد أو حد قذف ، فلو علم قبـل القضاء فى حقوق العباد ثم ولى فرفعت اليه تلك الحادثة أو علمها فى حال قضائه فى غير مصره ، ثم دخـله فرفعت اليـه لا يقضى عنده ، وقالا يقضى .

وكذا الخلاف لو علم بها وهو قاض فى مصره ثم عزل ثم أعيد .

وأما فى حد الشرب وحد الزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا ، الا أن المعتمد عند المتأخرين عدم جواز حكمه بعلمه لفساد قضاة الزمان .

وعبارة الأشباه : والفتوى اليوم على عدم العمل بعلم القاضى فى زماننا ، وهذا موافق لما مر من الفرق بين الحد الخالص لله تعالى وبين غيره . ففى الأول : لا يقضى اتفاقا بخلاف غيره فيجوز القضاء فيه بعلمه وهذا على قول المتقدمين وهو خلاف المفتى به ، واذا علم القاضى بالسكر يعزره للتهمة لأن القاضى له تعزير المتهم وان لم يثبت عليه ، وان علم بالطلاق أو العتق أو الغصب ، يأمر بالحيلولة بين المطلق وزوجته والمعتق وأمته أو عبده ، والغاصب وما غصبه ، بأن يجعله تحت يد أمين الى أن يثبت ما علمه القاضى بوجه شرعى على وجه الاحتساب وطلب الثواب لئلا يطأها الزوج أو السيد الغاصب لا على طريق الحكم بالطلاق أو العتاق أو الغصب [1] .

مذهب المالكية :

وفى مذهب المالكية : ان القاضى يقضى بعلمه ويعتمد عليه فى الجرح والتعديل فى الشهود اتفاقا ، أما غير ذلك من الأشياء ففيه خلاف ، والعمل على أنه لا يعتمد على علمه .

جاء فى التبصرة[2] : وفى مختصر الواضحة « اذا كان الحاكم عالما بعدالة الشاهد حتى أنه لو لم يكن حاكما لزمه أن يعدله اذا سئل عنه فذلك الذى يجيز شهادته على عليه ، ولا يعدله لا سرا ولا علانية ، وان سأله ذلك المشهود عليه ، وكذلك اذا علم الحاكم من الشاهد جرحه حتى أنه لو لم يكن حاكما لزمه أن يجرحه اذا سئل عنه ، فلا يعدله لا سرا ولا علانية ولا يقبل شهادته ، وان عدله المشهود له عنده بجميع أهل بلده . »

ثم قال : « واختلف فى حكمه بما أقر به الخصمان بين يديه ، فقال مالك وابن القاسم لا يحكم بعلمه فى ذلك . »

وقال عبد الملك بن الماجشون : يحكم وعليه قضاة المدينة ، ولا أعلم أن مالكا قال غيره .

وبه قال مطرف وسحنون واصبغ ، والأول هو المشهور .

وقال فى المتيطية : قال الشيخ عبد الرحمن فى مسائله : قول ابن القاسم أصح لفساد الزمان ولو أدرك عبد الملك وسحنون زماننا لرجعا عما قالاه ، ولو أخذ بقولهما لذهبت أموال الناس وحكم عليهم بما لم يقروا به ، ثم اذا حكم بعلمه فى ذلك فعلى قول مالك وابن القاسم ينقضه هو كما ينقضه غيره .

---

(١) ابن عابدين جـ٤ ص٥٣٤ وما بعدها .

(٢) جـ٢ ص٤٦ وما بعدها .

وجاء فى كتاب العقد المنظم للحكام للقاضى الفقيه بن سلمون الكنانى على هامش التبصرة [١] : « يعتمد القاضى على علمه فى التجريح والتعديل اتفاقا ، ولا يحكم بعلمه فى شىء من الأشياء كان مما أقر به أحد الخصمين عنده أم لا ، الا أن يشهد عليه بذلك شاهد عدل ، قاله ابن القاسم وبه العمل .

وقال ابن الماجشون : يحكم عليه بما أقر به عنده وان لم يشهد عليه ، وهو قول عيسى وأصبغ وسحنون ، وليس به عمل .

مذهب الشافعية :

وفى مذهب الشافعية : يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه فى غير الحدود الخالصة لله تعالى ، أما فيها فلا يقضى بعلمه لسقوطها بالشبهة ولأنه يندب فيا الستر .

جاء فى حواشى التحفة [٢] : « والأظهر أن القاضى يقضى بعلمه ، أى بظنه المؤكد الذى يجوز له الشهادة مستندا اليه ، وأن استناده قبل ولايته بأن يدعى عليه مالا وقد رآه القاضى أقرضه ذلك أو سمع المدعى عليه أقر بذلك .

ولابد أن يصرح بمستنده ليقول : علمت أن له عليك ما ادعاه وقضيت أو حكمت عليك بعلمى . فان ترك أحد هذين اللفظين لم ينفذ حكمه ولابد أن يكون ظاهر التقوى والورع ، الا فى حدود وتعازير الله تعالى . كحد زنا أو محاربة أو سرقة أو شرب لسقوطها بالشبهة مع ندب سترها فى الجملة ، أما حقوق الآدميين فيقضى فيها سواء المال والقود وحد القذف ، ويقضى بعلمه فى الجرح والتعديل والتقويم قطعا .

مذهب الحنابلة :

وفى مذهب الحنابلة : ليس للقاضى أن يقضى بعلمه مطلقا الا فى الجرح والتعديل

جاء فى كشاف القناع [٣] : « ولا خلاف أنه يجوز له الحكم بالاقرار والبينة فى مجلسه وهو محل نفوذ حكمه اذا سمعه معه شاهدان ، لأن التهمة الموجودة فى الحكم بالعلم منتفية هنا ، فان لم يسمعه أى الاقرار أو البينة معه أحد أو سمعه معه شاهد واحد فله الحكم أيضا فى رواية حرب ، لأنه ليس حكما بمحض العلم ولا يضر رجوع المقر .

وقال القاضى : ليس له الحكم لأنه حكم بعلمه .

والأولى أن يحكم اذا سمعه معه شاهدان خروجا من الخلاف ، فأما حكمه بعلمه فى غير ذلك مما رآه أو سمعه قبل الولاية أو بعدها فلا يجوز لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « انما أنا بشر مثلكم وأنتم تختصمون الى ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع » متفق عليه .

فدل على أنه يقضى بما سمع لا بما علم ، الا فى الجرح والتعديل فيعمل بعلمه فى

(١) جـ٢ ص٢٠٠ .
(٢) جـ١٠ ص١٤٨ وما بعدها .
(٣) جـ ٦ ص ٢٧٠ .

ذلك لأن التهمة لا تلحقه فيه ، لأن صفات الشهود معنى ظاهر .

بل قال القاضي وجماعة : ليس هذا بحكم ، لأنه يعدل هو ومجرح غيره ، ويجرح هو ويعدل غيره ، ولو كان حكما لم يكن لغيره نقضه . وفى الطرق الحكمية : « الحكم بالاستفاضة ليس من حكمه بعلمه فيحكم بما استفاض وان لم يشهد به أحد عنده » .

مذهب الظاهرية :

وفى مذهب الظاهرية يقول ابن حزم فى المحلى [1] : « وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه فى الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود ، وسواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته ، وأقوى ما حكم « أن يكون » بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالاقرار ثم بالبينة » .

مذهب الزيدية :

وفى مذهب الزيدية ، جاء فى شرح الأزهار وهامشه [2] : وله القضاء بما علم الا فى حد غير القذف فلا يجوز له أن يحكم فيه بعلمه لقوله تعالى : « لتحكم بين الناس بما أراك الله [3] » ، ومن حكم بعلمه فقد حكم بما أراه الله وعلم القاضي أبلغ من الشهادة ، ولقول أبى بكر : لو رأيت رجلا على حد لم أحده حتى تقوم به البينة عندى .

فأما فى حد القذف والقصاص والأموال فيحكم فيها بعلمه سواء علم ذلك قبل قضائه أو بعده لتعلق حق الآدمى بحد القذف ، وفى السرقة يقضى بعلمه لأجل المال لا لأجل الحد .

وفى البحر الزخار [4] : وله القضاء بما علم فى حق الآدمى وان لم تقم بينة لعموم قوله تعالى : « فاحكم بينهم بالقسط » ، ولاذنه صلى الله عليه وسلم لهند أن تأخذ الكفاية من مال زوجها وان كره ، وذلك قضاء بالعلم ، ولأن الشهادة انما تثمر الظن فالعمل بالعلم أولى ، ولا يقضى بعلمه فى حد غير القذف لخبر أبى بكر ولندب ستره ، وجاز فى حد القذف لتعلق حق الآدمى به .

مذهب الامامية :

وفى مذهب الامامية : أجازوا للامام أن يحكم بعلمه مطلقا ، واختلفوا فى غيره من الحكام ، فقيل يجوز له أن يحكم بعلمه مطلقا وهو الأشهر ، وقيل يجوز ذلك فى حقوق العباد دون حقوق الله ، وقيل بالعكس .

وفى كفاية الأحكام من باب القضاء : الامام يحكم بعلمه مطلقا ، والأشهر فى غيره جواز الحكم بالعلم مطلقا ، وقال ابن ادريس : يجوز حكمه فى حقوق الناس دون حقوق الله . ونقل فى المسالك عن ابن الجنيد عكس ذلك .

---

(١) جـ٩ ص٤٢٦ .
(٢) جـ٤ ص٣٢٠ .
(٣) آية ١٠٥ سورة النساء .
(٤) جـ٥ ص ١٣٠ وما بعدها .

وفى المختصر النافع [١] : « للامام أن يقضى بعلمه مطلقا فى الحقوق ، ولغيره فى حقوق الناس ، وفى حقوق الله قولان .

مذهب الأباضية :

وفى مذهب الاباضية يقول صاحب شرح النيل [٢] : « ولا يحكم الحاكم بعلمه فى شىء علمه قبل أن يكون قاضيا أو بعد أن كان قاضيا الا ما علمه فى مجلس قضائه أو التزكية .

وقيل : يحكم بما علم فى منزله الذى يقضى فيه ، وقيل فى البلد الذى هو قاض عليه ، ومعنى مجلس القضاء المكان الذى يجلس للقضاء فيه . وقيل ما علمه من لسان الخصمين حال محاكمتهما عنده ، والقولان فى المذهب .

الى أن قال : والمذهب أنه يقضى بما علم فى مجلس قضائه ، والصحيح أن مجلس القضاء مجلسه حين تداعى الخصمين .

القرينة القاطعة

وهى التى توجد عند الانسان علما بموضوع النزاع والاستدلال يكاد يكون مماثلا للعلم الحاصل من المشاهدة والعيان.

مذهب الحنفية :

قد ذكر ابن الغرس من فقهاء الحنفية فى كتابه « الفواكه البدرية » : ان طريق القاضى الى الحكم يختلف باختلاف المحكوم به والطريق فيما يرجع الى حقوق العباد المحضة عبارة عن الدعوى والحجة . وهى اما البينة أو الاقرار أو اليمين أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضى بما يريد أن يحكم به أو القرائن الواضحة التى تصير الأمر فى حيز المقطوع به ، فقد قالوا : لو ظهر انسان من دار بيده سكين وهو متلوث بالدماء سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار على الفور فوجدوا فيها انسانا مذبوحا بذلك الوقت ولم يوجد أحد غير ذلك الخارج ، فانه يؤخذ به ، وهو ظاهر اذ لا يمترى أحد فى أنه قاتله . والقول بأنه ذبحه آخر ثم تسور الحائط أو أنه ذبح نفسه ، احتمال بعيد . اذ لم ينشأ عن دليل ، وبذلك كانت القرينة القاطعة طريقا للقضاء مثل البينة والاقرار .

هذا ما ذكره ابن الغرس ، وقد تعقبه الخير الرملى فى حاشية المنح بأن هذا غريب خارج عن الجادة فلا ينبغى التعويل عليه ما لم يعضده نقل من كتاب معتمد ونقل فى تكملة رد المحتار عن صاحب البحر ، أنه قال : ان مدار القرينة القاطعة على ابن الغرس وأنه لم ير ما قاله لغيره .

وقال صاحب التكملة : والحق أن هذا محل تأمل ، ولا يظن أن فى مثل ذلك يجب القصاص مع أن الانسان قد يقتل نفسه ، وقد يقتله آخر ويفر ، وقد يكون أراد قتل الخارج فأخذ السكين وأصاب نفسه فأخذها الخارج وفر منه وخرج مذعورا ، وقد يكون اتفق دخوله فوجده مقتولا فخاف من ذلك وفر وقد تكون السكين بيد

(١) ص ٢٨٠ .

(٢) جـ ٦ ص ٥٧٧ .

الداخل فأراد قتل الخارج ولم يتخلص منه الا بالقتل ، فصار من باب دفع الصائل ، (الدفاع عن النفس ، فلينظر التحقيق فى هذه المسألة) [١] .

وفى رسالة نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف من مجموعة رسائل ابن عابدين قال ، بعد أن ذكر طائفة من المسائل والفروع التى بنى فيها المتأخرون الأحكام والفتاوى على العرف المتغير : « ويقرب من ذلك مسائل كثيرة أيضا حكموا فيها قرائن الأحوال العرفية كالحكم بالحائط لمن له اتصال أثر بيع ثم لمن له عليه أخشاب لأنه قرينة على سبق اليد ، وجواز الدخول بمن زفت اليه ليلة العرس وان لم يشهد عدلان بأنها زوجته » وساق مسائل كثيرة منها ما ذكره ابن الغرس سالف الذكر .

ثم قال : ولكن لابد لكل من المفتى والحاكم من نظر سديد واشتغال مديد ومعرفة بالأحكام الشرعية والشروط المرعية فان تحكيم القرائن غير مطرد ألا ترى لو ولدت الزوجة ولدا أسود وادعاه رجل أسود يشبه الولد من كل وجه فهو لزوجها الأبيض ما لم يلاعن .

وحديث ابن زمعة فى ذلك مشهور ، عن عائشة رضى الله عنها قالت : اختصم سعد ابن أبى وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ابن وليدة زمعة) فقال سعد : يارسول الله ، ابن أخى عتبة بن أبى وقاص ، عهد الى أنه ابنه ، انظر الى شبهه .

وقال عبد بن زمعة : هذا أخى يا رسول الله ولد على فراش أبى.

فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة ، فقال : « هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر ، احتجبى منه ياسودة بنت زمعة » .

قال فلم ير سودة قط [٢] : والقرائن مع النص لا تعتبر ، وكذا لو شهد الشاهدان بخلاف ما قامت عليه القرينة فالمعتبر هو الشهادة .. الى أن قال : فلذا كان الحكم بالقرائن محتاجا الى نظر سديد وتوفيق وتأييد [٣] .

فاذا كان مدار اعتبار القرينة القاطعة من طرق القضاء فى مذهب الحنفية على ابن الغرس ولم ينسب القول به الى امام من أئمة المذهب ولم ينقل عن كتاب معتمد فى المذهب ، حتى قال فيه الخير الرملى وصاحب البحر ما سلفت الاشارة اليه .

وقال ابن عابدين أن تحكيم القرائن غير مطرد وبين عدم اعتبارها فى كثير من المسائل — اذا كان الأمر كذلك — فانه يمكن القول بأن القرينة القاطعة ليست من طرق القضاء عند الحنفية .

---

(١) ابن عابدين جـ٤ ص٤٦٢ ، ٦٥٣ .

(٢) نيل الاوطار للشوكانى جـ٦ ص٢٧٩ .
(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين ص ١٢٧ ، ١٢٩ .

مذهب المالكية :

وفى مذهب المالكية : ان القرينة طريق للقضاء ، فقد عقد فى التبصرة بابا للقضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات ذكر فيه طرفا من أحكام رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه بالأمارات فقال : « ومنها ما ورد فى الحديث فى قضية الأسرى من قريظة كما حكم فيهم سعد ، أن تقتل المقاتلة وتسبى الذرية ، فكان بعضهم يدعى عدم البلوغ .

فكان الصحابة يكشفون عن مؤتزريهم فيعلمون بذلك البالغ من غيره ، هذا من الحكم بالأمارات ، ومنها حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه من بعده بالقافة وجعلها دليلا على ثبوت النسب ، وليس فيها الا مجرد الأمارات والعلامات ، ومنها حكم عمر بن الخطاب رضى الله عنه والصحابة معه متوافرون برجم المرأة اذا ظهر بها حمل ولا زوج لها .

وقال بذلك مالك وأحمد بن حنبل اعتمادا على القرينة الظاهرة ومنها حكم عمر بن الخطاب وابن مسعود وعثمان رضى الله عنهم ، ولا يعلم لهم مخالف بوجوب الحد على من وجد من فيه رائحة الخمر أو قاءها اعتمادا على القرينة الظاهرة .

ثم قال : قال ابن العربى : على الناظر أن يلحظ العلامات اذا تعارضت فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح ولا خلاف فى الحكم بها .

وقد جاء العمل بها فى مسائل اتفقت عليها الطوائف الأربعة . وبعضها قال به المالكية خاصة :

الأولى : أن الفقهاء كلهم يقولون بجواز وطء الرجل المرأة اذا زفت اليه ليلة الزفاف وان لم يشهد عنده عدلان من الرجال بأنها زوجته اعتمادا على القرينة الظاهرة وعد نحو خمسين مسألة : اعتمد فى الحكم فيها على القرائن والأمارات [١] .

مذهب الحنابلة :

وفى مذهب الحنابلة : يقول صاحب كشاف القناع [٢] : « ولو وجد على دابة مكتوب : حبيس فى سبيل الله ، أو وجد على باب دار أو على حائطها ، وقف أو مسجد أو مدرسة حكم بما هو مكتوب على هذه الأشياء المذكورة ، لأن الكتابة عليها أمارة قوية فعمل بها ، لا سيما عند عدم المعارضة ، وأما اذا عارض ذلك بينة لا تتهم ولا تستند الى مجرد اليد ، بل تذكر سبب الملك واستمراره ، فانها تقدم على هذه الأمارات .

وأما ان عارضها مجرد اليد لم يلتفت اليها ، فان هذه الأمارات بمنزلة البينة والشهادة واليد ترفع لذلك .

قال ابن القيم فى الطرق الحكمية فى آخر الطريق الثالث والعشرين : ولو وجد على

---

(١) تبصرة الحكام جـ٢ ص٩٦ وما بعدها .

(٢) جـ٦ ص٣٥٤ وما بعدها .

كتب علم فى خزانة مدة طويلة « وقف » فكذلك يحكم بوقفها عملا بتلك القرينة . وأما ان لم يعلم مقر الكتب ولا من كتب عليها الوقفية توقف فيها وعمل بالقرائن ، فان قويت حكم بموجبها ، وان ضعفت لم يلتفت اليها ، وان توسطت طلب الاستظهار وسلك طريق الاحتياط .

مذهب الزيدية : [١] .

ذكروا أنه عند التداعى فى بيت الخص يحكم لمن تليه معاقد القمط اذ هى أمارة الملك فى العرف ولاجازته صلى الله عليه وسلم قضاء حذيفة لمن اليه عقود القمط .

مذهب الامامية :

وفى مذهب الامامية : جاء فى المختصر النافع الطبعة الثانية [٢] : اذا تداعيا خصا قضى لمن اليه القمط (الحبل الذى يشد به الخص) ، وهى رواية عمرو بن شمر عن جابر . وفى عمرو ضعف .

وعن منصور بن حازم عن أبى عبد الله أن عليا عليه السلام قضى بذلك ، وهى قضية فى واقعة ، وهذا قضاء بالأمارة ، فقد عد صاحب التبصرة المالكى من باب القضاء بالأمارات فقال : اذا تنازعا جدارا حكم به لصاحب الوجه ومعاقد القمط والطاقات والجذوع ، وذلك حكم بالأمارات [٣] .

(١) راجع البحر الزخار جـ ٤ ص ٤٠١ .
(٢) ص٢٨٤ .
(٣) جـ٢ ص٩٩ .

الخـــط

مذهب الحنفية :

اختلف فقهاء الحنفية فى اعتبار الكتابة حجة يؤخذ بها فى اثبات الحق ويعتمد عليها فى القضاء وعدم اعتبارها كذلك ، وبالرغم من اقتناع الكثيرين من عدم جواز العمل بالخط معللين ذلك بأحد أمرين :

الأول : احتمال أن الكاتب لم يقصد بما كتبه افادة المعانى الحقيقية للكلمات والألفاظ التى كتبها وانما قصد تجربة خطه أو مجرد اللهو والتسلية .

والثانى : احتمال التزوير فى الخط اذ الخطوط تتشابه كثيرا الى درجة كبيرة .. وقد قسموا الكتابة الى ثلاثة أقسام .

أولا : كتابة مرسومة ، أى معنونة ، ومصدرة بعنوان على ما جرى به العرف المتبع ، كأن يكتب من فلان ابن فلان الى فلان ابن فلان ، أو وصلنى فلان ابن فلان ، من فلان ابن فلان مبلغ كذا ، أو بذمتى لفلان ابن فلان كذا ، وهكذا ، ومستبينة ، أى ظاهرة ومقروءة .

ثانيا : كتابة مستبينة ، غير مرسومة كالكتابة على غير الوجه المعتاد عرفا أو الكتابة على الحائط وأوراق الشجر .

ثالثا : كتابة غير مستبينة ، كالكتابة على الماء أو فى الهواء .

وقالوا : ان ما ينبغى فيه الاحتمال الأول ، وهو قصد التجربة أو اللهو مع

استثناء الاحتمال الثانى ، يكون حجة ويعمل به دفعا للضرر عن الناس ، ولا سيما التجار ، وأخذا بالعرف ، وذلك كالكتابة المستبينة المرسومة مطلقا وهى التى عناها الفقهاء حين قالوا ان الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان ، وألحقوها بالصريح من القول فى عدم توقف دلالتها على شبه أو اشهاد أو املاء . وكالكتابة المستبينة غير المرسومة اذا وجدت نية أو كان معها اشهاد عليها أو املاء على الغير ليكتبها مما ينفى احتمال التجربة أو اللهو. أما اذا لم يوجد معها شىء من ذلك فلا يعمل بها لقيام الاحتمال وكذلك اذا قضت العادة بأنه لا يكتب الا على سبيل الجدية وجرى العرف باعتباره حجة كما فى دفاتر السمسار والتاجر والصراف ، وما يكتبه الأمراء والكبراء ممن يتعذر الاشهاد عليهم من سندات وصكوك ، ويعترفون بها أو يعدهم الناس مكابرين حين ينكرونها أو توجد بعد موتهم فانها تكون حجة عليهم ويعمل بها .

وكذلك من توجد فى صندوقه صرة مكتوب عليها هذه أمانة فلان الفلانى يؤخذ بها لأن العادة تقضى بأن الشخص لا يكتب ذلك على ملكه .

وقالوا : ان ما ينبغى فيه الاحتمالان معا يكون حجة ويعمل به كما فى سجلات القضاة المحفوظة عند الأمناء ولو كانت حديثة العهد ، فانه يؤخذ بما فيها من أقوال الخصوم وشهادة الشهود ويحكم بها ويعتمد عليها فى ثبوت وشروط ومصارف الأوقاف المنقطعة الثبوت المجهولة الشرائط والمصارف وكما فى البراءات ، والقرارات السلطانية المتعلقة بالوظائف فانها تعتبر حجة فيما تضمنته واشتملت عليه ، اذ العرف جرى باعتبارها من أقوى الحجج والأدلة لبعدها عن احتمال التزوير والتجربة واللهو.

أما الكتابة غير المستبينة أصلا فهى لغو ولا أثر لها [1] .

مذهب المالكية :

قال فى الجواهر : لا يعتمد على الخط لامكان التزوير فيه ، واذا وجد فى ديوانه حكما بخطه ولم يتذكره لا يعتمد عليه لامكان التزوير ، ولو شهدبه عنده شاهدان فلم يذكر .

قال القاضى أبو محمد : ينفذ الحكم بشهادتهما ، أى لا يعتمد على المدون ، وما وجد فى ديوان القاضى من شهادات الناس لا يعتمد القاضى منه الا ما دونه بخطه أو بخط كاتبه العدل المأمون اذا لم يستنكر فيه شيئا [2] .

ونقل ابن القيم فى الطرق الحكمية أن ابن وهب روى عن مالك فى الرجل يقوم فيذكر حقا قد مات شهوده ويأتى بشاهدين عدلين على خط كاتب الخط ، قال : تجوز شهادتهما على كاتب الكتاب اذا كان عدلا مع يمين الطالب ، وهو قول ابن القاسم ، وأنه يجوز عند مالك الشهادة على الوصية المختومة [3] .

---

(١) ابن عابدين جـ٤ ص٤٧٨ وما بعدها ، وص٥٤٦ وما بعدها .
(٢) التبصرة جـ١ ص٣٨ وجـ٢ ص٥٠ .
(٣) الطرق الحكمية ص٢٤٤ وما بعدها .

مذهب الشافعية :

المشهور من مذهب الشافعى أنه لايعتمد على الخط لا فى القضاء ولا فى الشهادة ، لاحتمال التزوير فيها ، فان كانت محفوظة وبعد التزوير فيها وتذكرها القاضى أو الشاهد يجوز الاعتماد عليها ، وان لم يتذكرها فالصحيح عدم جواز الاعتماد [1] .

مذهب الحنابلة :

اذا رأى القاضى حجة فيها حكمه لانسان وطلب منه امضاؤه ، فعن أحمد ثلاث روايات :

احداها : انه اذا تيقن أنه خطه نفذه ، وان لم يذكره ، واختاره فى الترغيب ، وقدمه الشيخ مجد الدين فى التحرير ومثله الشاهد اذا وجد شهادة بخطه .

الثانية : أنه لا ينفذه الا اذا تذكره فان لم يتذكره لم ينفذه .

الثالثة : اذا كان فى حرزه وحفظه كقمطره نفذه ، والا فلا .

وقال اسحاق بن ابراهيم : قلت لأحمد رضى الله عنه : الرجل يموت وتوجد له وصية تحت رأسه من غير أن يكون قد أشهد عليها أحدا ، فهل يجوز انفاذ مافيها ؟

قال : ان كان قد عرف خطه وهو مشهور الخط ، فانه ينفذ ما فيها .

قال الزركشى : نص عليه الامام أحمد رضى الله عنه واعتمده الأصحاب .

وقد نص فى الشهادة على أنه اذا لم يذكرها ورأى خطه لا يشهد حتى يذكرها .

وقال الامام فيمن كتب وصيته وقال اشهدوا على بما فيها : أنهم لا يشهدون الا أن يسمعوها منه أو تقرأ عليه فيقر بها .

فنص الامام رضى الله عنه على الصحة وجواز التنفيذ بعد معرفة الخط فى الصورة الأولى .

ونص على عدم الصحة وعدم جواز الشهادة الا بعد السماع أو الاقرار بعد القراءة فى الصورة الثانية .

وقد اختلف أصحاب أحمد فى ذلك ، فمنهم من خرج فى كل مسألة حكم الأخرى وجعل فيها وجهين بالنقل والتخريج ، فجوز عدم الصحة فى الأولى أخذا من الثانية ، وجعل فى الثانية وجها بالصحة أخذا من الأولى ، ومنهم من منع التخريج وأقر النصين ، واختاره شيخ الاسلام ابن تيمية وفرق بين الحالتين بأنه فى الحالة الأولى انتفى احتمال التغيير فى الوصية بالزيادة والنقص بعد موت الموصى ، فلم تمنع الشهادة عليها .

وفى الثانية هذا الاحتمال قائم لوجود الموصى فمنعت الشهادة عليها ما لم يتأكد بالسماع أو الاقرار .. فالروايات عن الامام مختلفة فى الأخذ بالخط واعتباره حجة [2] .

---

(١) الاشباه والنظائر للجلال السيوطى ص٣٦٢ .

(٢) الطرق الحكمية ص٢٣٩ وما بعدها .

مذهب الزيدية :

وفى مذهب الشيعة الزيدية لا يحكم القاضى بما وجده فى ديوانه من خطه ولو عرفه لأن الخطوط تشتبه .

جاء فى البحر الزخار [١] : ولا يحكم بما وجد فى ديوانه ولو عرف خطه لقوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم [٢] » .

وقال ابن أبى ليلى وأبو يوسف يصح بمعرفة الخط ، قلنا تشتبه الخطوط .

وفى باب الشهادةمنه أنه لاتجوز الشهادة ولو عرف خطه أو خط غيره باقرار بحق لاحتمال التزوير [٣] .

وجاء فى شرح الأزهار [٤] : ولا يجوز للحاكم أن يحكم بما وجد فى ديوانه مكتوبا بخطه وختمه سجلا أو محضرا ان لم يذكر ، هذا مذهبنا ، فقيده بما اذا لم يذكر .

مذهب الامامية :

وفى مذهب الشيعة الامامية : جاء فى كشف اللثام من باب القضاء : لا يجوز للحاكم أن يعتمد على خطه اذا لم يتذكره وكذا الشاهد وان شهد معه آخر ثقة لامكان التزوير عليه .

واكتفى الحفيد والقاضى وأبو على بخطه مع شهادة ثقة والصدوقان كذلك مع ثقة المدعى ، وجاء فيه أنه لا يكتفى بما يجده مكتوبا بخطه وان كان محفوظا عنده . وعلم عدم التزوير ، وكذا ما يجده بخط مورثه كما هو الشأن فى الشهادة ، لاحتمال اللعب أو السهو أو الكذب فى الكتابة .

واعتمد الشيخ جعفر الكبير على الكتابة فى اثبات الوقف اذا كانت مضبوطة مرسومة تظهر منها الصحة وان لم تبلغ حد العلم والا ضاعت الأوقاف ، لأن طريقها الكتابة وفى الجواهر من باب القضاء : التحقيق أن الكتابة من حيث هى كتابة لا دليل على حجيتها من اقرار أو غيره .

نعم ، اذا قامت القرينة على ارادة الكاتب بكتابته مدلول اللفظ المستفاد من رسمها فالظاهر جواز العمل بها للسيرة المستمرة فى الأعصار والأمصار على ذلك بل يمكن دعوى الضرورة على ذلك . .

كتاب القاضى الى القاضى

ويتصل بما نحن فيه كتاب القاضى الى القاضى ، وهو عند الحنفية اما بنقل الحكم الى المكتوب اليه للتنفيذ أو بنقل الشهادة اليه للحكم بها ويقبل عندهم فيما عدا الحدود والقصاص ، ويعنونه القاضى الكاتب من فلان الى فلان بمايميزه ويدون فيه ما قام لديه ، ويقرؤه على الشهود ويختمه أمامهم ، ولا يقبله المكتوب اليه الا بحضور الشهود والخصم ولابد من تعديلهم [٥] .

(١) جـ٥ ص١٣٣ .
(٢) الاسراء : ٣٦ .
(٣) جـ٥ ص٢٠ .
(٤) جـ٤ ص ٢٣٣ .

(٥) ابن عابدين جـ٤ ص٥٤٣ وما بعدها .

مذهب المالكية :

وعند المالكية ، كذلك يكون كتاب القاضى تارة بنقل الحكم للتنفيذ والتسليم واختلفوا فيما اذا كان الحكم على غير رأى المكتوب اليه ، كما اذا كتب قاض حنفى لقاض مالكى بأن يمكن رجلا من امرأة زوجت نفسها منه بغير ولى ، هل يجب عليه التنفيذ أو لا .

فعن سحنون لا ينبغى له تنفيذه لأنه خطأ عنده ، وعن أشهب يجب التنفيذ لأنه صدر من صاحب سلطة وتعلق به حق المحكوم له فلا يجوز له أن يبطله ، وتارة يكون بما ثبت عند القاضى الكاتب من حق لرجل على غريم غائب ويطلب اليه الحكم بما ثبت ، وهذا لا خلاف فى وجوب قبوله والعمل به وهل يلزم أن يشهد عليه شاهدان يشهدان عند المكتوب اليه ، أو يكفى أن يختمه ويقبله المكتوب اليه بعد معرفة الخط والختم ؟ خلاف .

ويقبل كتاب القاضى عندهم فى جميع الحقوق والأحكام [١] .

مذهب الشافعية :

وعند الشافعية ، تارة يكون كتاب القاضى الى القاضى وجوبا بناء على طلب المدعى بما قام لديه من دعوى واثبات على غائب بشروطها ليحكم له بها أو ينهى اليه بحكم أصدره على غائب بشروطه لينفذه عليه فى ماله .

(١) التبصرة جـ٢ ص٣٨ وما بعدها .

وفى صورة أخرى يكون المدعى به عينا فى بلد تحت ولاية المكتوب اليه فيكتب اليه يطلب ارسال العين بكفالة ليشهد عليها البينة بالمعاينة . أو يتداعى الخصمان هناك لدى المكتوب اليه اذا لم يمكنه أو تعذر ارسال العين [٢] .

مذهب الحنابلة :

وعند الحنابلة يكون الكتاب بنقل الحكم لتسليم المحكوم به أو تنفيذه فى مال الغائب أو الهارب ، وتارة بنقل الشهادة المعدلة عند الكاتب أو عند المكتوب اليه ليحكم بها ، وكتاب القاضى الى القاضى عندهم بمثابة الشهادة على الشهادة ، ويشترط أن يقرأ الكاتب الكتاب على عدلين ويشهدهما عليه للتحمل . ثم يقرؤه المكتوب اليه ويشهدان بما فيه عنده . ولا يكفى معرفة الخط والختم للاشتباه وامكان التزوير .

ويقبل فى دعوى العين لارسالها بكفالة أو مع أمين للشهادة عليها بالمعاينة كما عند الشافعية .

مذهب الزيدية :

وفى مذهب الشيعة الزيدية : للقاضى أن يكتب الى حاكم آخر بحكمه ان كان قد حكم وينفذه المكتوب اليه ولو خالف مذهبه . وقيل ينفذه ان وافق مذهبه . ورد ببطلان فائدة الحكم ونصب الحكام . وان كان لم يحكم وكتب اليه يعرفه أن فلانا وفلانا شهدا عندى بكذا لم ينفذه المكتوب اليه ما لم يحكم الكاتب .

(٢) حواشى تحفة المحتاج جـ١٠ ص١٦٣ وما بعدها .

وللمكتوب اليه أن يحكم بشهادتهما ان وافق مذهبه واجتهاده لكن بشروط تضمنها الفروع ، وهى أن يشهد القاضى الكاتب شاهدين على الكتاب وأن يقرأه عليهما أو يقرأ بحضرته عليهما ، ويقول أشهدكما أنى كتبت الى فلان ابن فلان ، فان ختمه ولم يقرأه عليهما لم يعمل به .

وقال الامام يحيى : اذا ختمه وأشهدهما أنه كتابه فقد حصل أمان التحريف . وكذا يشترط أن يكتب اسم المكتوب اليه فى باطنه ولا يعمل به اذا مات الكاتب قبل بلوغ الكتاب الى المكتوب اليه ، وكذا اذا فسق أو عزل ، ولو مات المكتوب اليه أو فسق أو عزل قبل بلوغه الكتاب لم يعمل به من ولى مكانه لأنه موجه الى غيره ، ولا يعمل بالكتاب الا ببينة كاملة أنه كتابه وقيل يعمل به من غير شهادة لعملهم بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير شهادة وقيل ان عرف الخط والختم عمل به والا فلا ورد بأن الخطوط والختوم تشتبه وعلى الرأى الأول لابد أن يقرأ الكاتب الكتاب على الشاهدين أو يقرأ الكتاب عليهما بحضرته ويقول أشهدكما أنى كتبت الى فلان بن فلان [1] .

مذهب الامامية :

وعند الشيعة الامامية: المشهور عند علمائهم عدم جواز العمل بكتاب القاضى الى القاضى وقال ابن الجنيد لا يجوز ذلك فى حقوق الله تعالى ، أما فى حقوق العباد وفى الأموال وما يجرى مجراها فيجوز العمل بكتاب القاضى الى القاضى اذا كان القاضى من قبل الامام .

وقال ابن حمزة : لا يجوز للحاكم أن يقبل كتاب حاكم آخر الا بالبينة فان شهدت البينة على التفصيل حكم به [2] .

وفى المختصر النافع [3] : لا يحكم الحاكم بأخبار حاكم آخر ولا بقيام البينة لثبوت الحكم عند غيره ، نعم لو حكم بين الخصوم وأثبت الحكم وأشهد على نفسه فشهد شاهدان بحكمه عند آخر وجب على المشهود عنده انفاذ ذلك الحكم .

مذهب الأباضية :

جا فى شرح النيل [4] : الخطاب فى عرفهم فى الأحكام أن يكتب قاضى بلد الى قاضى بلد آخر بما يثبت عنده من حق لشخص فى بلد الكاتب على آخر فى بلد المكتوب اليه لينفذه فى بلده وذلك واجب ان طلبه ذو الحق ويقبل كتاب القاضى فى الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خطه بلا شهادة ولا خاتم وليس ذلك قضاء بعلمه بل لقبول بينة .

وقال بعض أصحابنا لا يحكم القاضى بكتاب القاضى اليه ، وقال بعضهم يحكم ، ويجوز كتاب القاضى فى الحقوق كلها الا الحدود والقصاص ، وانما يكتب فيما

---

(١) البحر الزخار جـ٥ ص١٢٧ .

(٢) مختلف الشيعة جـ٢ ص١٥٤ ، وكفاية الاحكام باب القضاء .

(٣) ص ٢٨٣ .

(٤) جـ٦ ص٥٧٣ وما بعدها .

اختصم عليه الخصمان وليس حاضرا فى بلده فيكتب الدعوى والجواب والشهادة الى حاكم البلد الذى فيه الشىء بكتابه وكذا يكتب الدعوى والشهادة ان لم يحضر المدعى عليه الى قاضى بلد هو فيه .

القســــــــامة

منهب الحنفية :

القسامة عند الحنفية أيمان يحلفها أهل محلة أو قرية أو موضع قريب منهما أو دار اذا وجد فى شىء منها قتيل به أثر يدل على القتل من جراحة أو ضرب أو خنق ولا يعرف قاتله ، يحلف هذه الأيمان خمسون رجلا منهم يتخيرهم ولى القتيل يقول كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا ، وان نقص الموجودون منهم عن الخمسين كررت الأيمان على الموجودين ولو واحدا حتى تبلغ الخمسين .

وشروطها : الدعوى بشروطها من أولياء القتيل على من وجد بينهم أو على بعض منهم ولو واحدا أنهم قتلوه عمدا أو خطأ اذ اليمين لا تجب الا فى دعوى وانكار المدعى عليهم دعوى القتل ، اذ اليمين بنص الحديث على من أنكر ، والمطالبة من أولياء القتيل بالقسامة لأن اليمين حق المدعى تستوفى بطلبه ، وألا يعلم القاتل والا وجب عليه القصاص فى العمد والدية فى الخطأ بعد الثبوت ولا قسامة .

وأن يكون المقسم بالغا عاقلا حرا فلا قسامة على صبى ومجنون وعبد ، وأن تكمل الأيمان خمسين ، وأن يكون الموضع الذى وجه فيه القتيل ملكا لأحد أو تحت يد أحد وأن يوجد فى القتيل أثر يدل على القتل ، وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس حتى يحلفوا ان نكلوا ، وهذا فى دعوى القتل العمد ، أما فى دعوى الخطأ فحكمها القضاء بالدية عند النكول والبراءة عند الحلف وحين يقضى بالدية تكون على العاقلة فى ثلاث سنين ، ويجمع بينها وبين حلف اليمين على خلاف المقر فى الدعاوى .

ولا يحلف أولياء القتيل عند الحنفية لا ابتداء ولا برد اليمين عليهم ، جريا على قاعدتهم فى الدعاوى : البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، وعلى رأيهم فى عدم رد اليمين على المدعى .. ولا قسامة عند الحنفية فيما دون النفس ولا فى سقط لم يتم خلقه .

ودليل مشروعية القسامة السنة النبوية فى الصحيحين أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وعماهما حويصة ومحيصة خرجوا فى التجارة الى خيبر ، وتفرقوا لحوائجهم ، فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب من خيبر يتشحط فى دمه ، فجاءوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن أن يتكلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الكبر ، الكبر » .

فتكلم أحد عميه حويصة أو محيصة الأكبر منهما وأخبره بذلك .

قال : « ومن قتله ؟ » .

قالوا : ومن يقتله سوى اليهود .

قال عليه الصلاة والسلام : « تبرئكم اليهود بأيمانها » .

فقالوا : لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه .

فقال عليه الصلاة والسلام : « أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ » .

فقالوا : كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد .

فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه ، فوداه بمائة من ابل الصدقة . وفى رواية من عنده .

فقد أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وجوب القسامة ، بقوله تبرئكم اليهود بأيمانها ، وانما لم يجر القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتيل القسامة وهو شرط لاجرائها ، حيث قالوا : لانرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه . ودفع الرسول الدية من عنده أو من مال الصدقة كان على سبيل الجمالة عن اليهود لأنهم من أهل الذمة وهم موضع للبر [١] .

واحتج من قال بتحليف أولياء القتيل ووجوب القصاص فى العمد بقول الرسول: أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم . ورد القائلون بوجوب الدية بأن التقدير : وتستحقون بدل دم صاحبكم .

مذهب المالكية :

وعند المالكية : اذا وجد قتيل وكان هناك لوث تثبت القسامة ، واللوث أن توجد قرينة أو ظاهر حال على القتل يوحى بصدق أولياء القتيل فى ادعائهم القتل . كشهادة واحد عدل أو امرأتين بالقتل أو وجود شخص بالقرب من القتيل معه آلة قتل أو أثر جراح بالقتيل ، أو قول القتيل قتلنى فلان أو نحو ذلك على اختلاف فى التقدير .

والحلف عندهم على أولياء القتيل لا على المدعى عليهم بعد الدعوى بالقتل على معين، ويحلف فى دعوى القتل العمد من له القصاص من الرجال المكلفين اثنان أو أكثر وتوزع عليهم الأيمان على عدد الرءوس ويستحقون الدم فان شاءوا قتلوا وان شاءوا عفوا .

ويبدأ بأولياء الدم ، ولهم أن يستعينوا بالعصبة . ولا يحلف الواحد وحده ولكن يستعين من عصبة الميت بمر يحلف معه .

وفى دعوى الخطأ : المكلفون من الورثة رجالا ونساء على قدر ميراثهم ، وان كان الوارث واحدا حلف خمسين يمينا متوالية .

واستحق الدية ان كان ذكرا ونصفها ان كان أنثى ، وان تعددوا وزعت عليهم على قدر الميراث كما توزع عليهم الأيمان كذلك ، ولا قسامة فيمن لا وارث له ولا يحلف بيت المال .

والحلف يكون بالله تعالى ان فلانا قتل ولينا أو مورثنا فلانا ، أو أنه ضربه ومن

---

(١) فتح القدير جـ٨ ص٣٨٢ وما بعدها .

ضربه مات . وبعد الحلف على النحو المذكور ، يجب القود فى العمد والدية فى الخطأ .

وترد الأيمان على المدعى عليهم فى دعوى القتل العمد ، واختلفوا فى ردها فى دعوى القتل الخطأ ، ولا قسامة عندهم فى الجراح والأطراف ولا فى العبيد والكفار ولا فى أهل الذمة وأن تحاكموا الينا [1] .

مذهب الشافعية :

وعند الشافعية : تثبت القسامة اذا وجد القتيل ولو عبدا فى المحلة أو القرية مع اللوث وقيام دعوى القتل عمدا أو خطأ أو شبه عمد بشروطها .

وليس من اللوث أن يقول القتيل : قتلنى فلان ، والحلف عندهم على أولياء القتيل ومن يستحقون بدل دمه يحلفون خمسين يمينا بالله أن هذا يشير الى المدعى عليه أو يعرفه : قتل ابنى أو أخى عمدا أو شبه عمد أو خطأ منفردا أو مع فلان ، وان مات الولى قبل تمام الأيمان انتقل الأمر الى ورثة القتيل وحلفوا من جديد ، وتوزع عليهم الأيمان على حسب الميراث ، فان حلف الأولياء أو الورثة ، وجبت الدية على المدعى عليه فى العمد وعلى عاقلته فى الخطأ وشبه العمد ، ولا يجب القود فى العمد لأن القسامة حجة ضعيفة ، ولم يتعرض حديث البخارى فى القسامة للقود . وما فى حديث عبد الله بن سهل : « أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم » فتقديره : بدل دم صاحبكم .

وان لم يكن هناك لوث ، أو أنكره المدعى عليه فى نفسه ، وقال : لست أنا من رأيت السكين معه ، ولا بينة ، حلف وبرئت ذمته .

وهل يحلف يمينا واحدة أو يحلف خمسين يمينا أو يجمع فيحلف يمينا لنفى اللوث وخمسين لنفى القتل ؟ أقوال .

ولو ظهر لوث بقتل مطلق لم يوصف بالعمد ولا بغيره ، فلا قسامة لأنه لا يفيد مطالبة القاتل ولا العاقلة ، ولاقسامة عندهم فى الجروح والأطراف واتلاف الأموال غير العمد والقول فى الجروح والأطراف قول المدعى عليه مع يمينه كان لوث أولا واليمين هنا خمسون يمينا لأنها يمين دم [2] .

مذهب الحنابلة :

ولا تثبت القسامة عند الحنابلة الا بدعوى القتل العمد أو شبه العمد أو الخطأ من ولى القتيل على واحد معين مكلف ولو كان أنثى أو عبدا أو ذميا أو كان المقتول واحدا ممن ذكروا لأن ما كان حجة فى قتل المسلم الحر يكون حجة فى قتل العبد والذمى . وأن يكون هناك لوث وليس منه قول القتيل قتلنى فلان . ولا يشترط وجود أثر أو جرح بالقتيل ،

---

(١) التبصرة جـ١ ص٢٦٦ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٢٩٥ طبعة الحلبى .

(٢) حاشية البجرمى على شرح المنهج جـ ٤ ص١٩٢ وما بعدها .

فان لم يوجد اللوث حلف المدعى عليه يمينا واحدة وبرىء .

وان نكل قضى عليه بالدية ويسقط القود لأنه يندرىء بالشبهة كالحد ، وأن يتفق أولياء القتيل على دعوى القتل على واحد معين .

فان كذب بعضهم بعضا أو لم يوافق أحد منهم على الدعوى أو ادعوا على أهل محلة أو قرية أو على واحد غير معين لم تثبت القسامة .

وان نكل أحدهم بعد الادعاء لم يثبت القتل لأن الحق فى محل الوفاق انما يثبت بالأيمان التى تقوم مقام البينة ولا ينوب أحد عن غيره فى الأيمان كما فى سائر الدعاوى وأن يكون فى المدعين ذكور مكلفون ولو واحدا ، اذ لا مدخل للنساء والصبيان والمجانين فى القسامة .

والحلف عندهم على أولياء القتيل بحضرة الحاكم وبحضور المدعى عليه : بالله لقد قتل فلان هذا — ويشير الى المدعى عليه أو يعينه بالاسم — ابنى فلانا منفردا عمدا بسيف أو بما يقتل غالبا ..

واذا ردت على المدعى عليه يحلف بالله ما قتلته ولا شاركت فى قتله ولا فعلت شيئا مات منه ولا كنت سببا فى موته ولا معينا على موته ، وان مات الولى انتقل ما عليه من الأيمان الى ورثته على حسب الميراث .

فان حلف الأولياء استحقوا القود فى العمد والدية فى الخطأ وشبه العمد ، وان لم يحلفوا حلف المدعى عليه ولو امرأة خمسين يمينا وبرىء ، وان نكل لم يحبس ولزمته الدية . ولا قصاص لأن النكول حجة ضعيفة ، وان لم يرض الأولياء بيمين المدعى عليه وداه الامام من بيت المال ، فان تعذر لم يجب على المدعى عليه شىء .

ولو رد المدعى عليه اليمين على المدعى ليس له أن يحلف ولكن يقال للمدعى عليه اما أن تحلف واما أن تعتبر ناكلا ويقضى عليك بالدية ولا تجرى القسامة عندهم فى الجراح والأطراف [1] .

مذهب الزيدية :

القسامة مشروعة عندهم ، وحكى عن الناصر أنها غير مشروعة ولكن تجب الدية من بيت المال والأصل فى ثبوت القسامة أن رجلا أتى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ان أخى قتل بين قريتين ، فقال : يحلف منهم خمسون رجلا .

فقال : ما لى غير هذا ؟

فقال : ومائة من الابل ، فاقتضى وجوب القسامة والدية عليهم .

وانما تجب القسامة عندهم فى الموضحة فصاعدا لا فيما دونها ولا تلزم القسامة الا بطلب الوارث ولو كان الورثة نساء أو عفا عنها بعضهم فلا يسقط حق الباقين ، ولا يسقط حق من عفا عن القسامة من الورثة فى الدية لأنهما حقان مختلفان فمن وجد كله قتيلا أو جريحا أو وجد أكثره

---

(١) كشاف القناع جـ٦ ص٥٥ وما بعدها .

فى موضع يختص بمحصورين ولو كان امرأة ولم يدع الوارث على غيرهم لزمت القسامة ،فيختار من المستوطنين الحاضرين وقت القتل الذكور المكلفين الأحرار خمسين يحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا قاتله ، ويحبس الناكل حتى يحلف ويكرر اليمين على من شاء ان نقصوا عن الخمسين ولا تكرار مع وجود الخمسين المستوفين للشروط ولو تراضوا لأن اليمين لا يجرى فيها التوكيل ولا التبرع وتتعدد القسامة بتعدد القتيل ، وبعد الحلف تلزم الدية عواقل أهل البلد الحالفين وغيرهم فان لم يكن لهم عواقل أو كانت وتمردت حتى نقصت الدية وجبت فى أموالهم وان لم يكن لهم ولا لأهل البلد أموال وجبت فى بيت المال ، وان لم تتوفر الشروط فى أهل الموضع فالدية والقسامة على عواقلهم ، فان كان الموضع لا يختص بمحصورين أو كان عاما فلا قسامة وتجب الدية فى بيت المال ، وكذلك ان وجد القتيل فى مكان يختص به على سبيل الملك أو الاستئجار كداره وبستانه وبئره وان وجد بين قريتين متساويتين فى القرب منه وفى تردد أهلهما وجبت القسامة على أهل القريتين جميعا .

فان كانت احداهما أقرب وجبت على أهلها ولا تجب القسامة ان ادعى وارث القتيل على غير أهل الموضع . وان كان فى أهل الموضع من هو على صفة تدفع عنه التهمة كأن كان شيخا هرما أو مريضا مدنفا وقت القتل لا تجب عليه القسامة لأن التهمة مرتفعة عنه [1] .

(١) شرح الأزهار جـ٤ ص٤٥٩ وما بعدها .

مذهب الامامية :

يرى الشيعة الامامية أن القسامة هى الأيمان أو الجماعة التى تحلفها ، فاذا وجد قتيل فى موضع ولا يعرف من قتله ولا تقوم عليه بينة ، ويدعى الولى على واحد أو جماعة من أهل ذلك الموضع بالقتل العمد أو شبه العمد أو الخطأ ويكون هناك لوث — قرينة أو ظاهر حال يشعر بصدق الولى فى دعوى القتل — يحلف من أولياء القتيل خمسون رجلا على حصول القتل العمد . وان نقصوا كررت الأيمان على الموجودين ولو كان واحدا حتى تكمل خمسين يمينا . أما فى الخطأ والشبيه بالعمد فيحلف الأولياء خمسا وعشرين يمينا .

ومنهم من سوى بينهما فأوجب خمسين يمينا فى الخطأ وشبه العمد .

فان حلفوا وجب القصاص فى العمد : ووجبت الدية على القاتل فى شبه العمد وعلى العاقلة فى الخطأ ، وقيل تجب على القاتل فى الخطأ أيضا .

وان لم يحلفوا وتعدد المدعى عليهم فالأظهر أن على كل واحد منهم خمسين يمينا ، وان كان المدعى عليه واحدا وأحضر من قومه خمسين رجلا يشهدون ببراءته حلف كل واحد منهم يمينا ، وان كانوا أقل كررت عليهم الأيمان حتى تكمل خمسين ، وان لم يحضر أحد كررت عليه الأيمان حتى تكمل وان نكل ألزم الدعوى عمدا أو خطأ ، وتجرى القسامة عندهم فى النفس والأطراف .

واختلف فى عدد الأيمان فى الأطراف ، فقيل خمسون يمينا ان كانت الجناية فى الطرف تبلغ دية النفس كالأنف واللسان ، والا فبنسبتها من الخمسين .

وقيل : ست أيمان فيما فيه دية النفس ، وبحسابه من الست فيما دون ذلك [١] .

مذهب الاباضية :

وتثبت القسامة عند الاباضية اذا وجد قتيل حر به علامة قتل فى بلدة أو محلة أو فى مكان قريب منها ولم يدع على معين ولم يوجد فى مسجد ولا فى زحام ولا عداوة بينه وبين قوم من أهل البلد ، لزمت القسامة أهل البلد أو المحلة بأن يحلف منهم خمسون رجلا بالله ما قتلناه ولا علمنا قاتله وان نقصوا عن الخمسين كررت اليمين على من يوجد منهم ولو واحدا حتى تكمل الأيمان خمسين ، فان حلفوا وجبت الدية على الحالفين ومن أبى الحلف حبس حتى يحلف أو يقر ولا قسامة عندهم على أعمى وصبى ومجنون وامرأة الا اذا لم يوجد غيرها فتحلف وتجب على عاقلتها [٢] .

القافة

القافة : جمع قائف ، وهو الذى يعرف الآثار .

والخلاف بين الفقهاء فى اعتبار القافة دليلا يعتمد عليه فى الحكم ، يكاد ينحصر فى اثبات النسب بها .

(١) شرائع الاسلام ص٣٧٣ وما بعدها من باب القصاص ، والمختصر النافع ص٣١٢ وما بعدها .
(٢) شرح النيل جـ٨ ص١٢٦ وما بعدها .

والأصل فى هذا الباب ما ورد فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، دخل على مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : « ألم ترى أن مجززا نظر آنفا الى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد ، فقال ان هذه الأقدام بعضها من بعض » رواه الجماعة .

وفى لفظ أبى داود وابن ماجة ورواية لمسلم والنسائى والترمذى : « ألم ترى أن مجززا المدلجى راى زيدا وأسامة قد غطيا رءوسهما بقطيفة وبدت أقدامهما ، فقال ان هذه الأقدام بعضها من بعض » . قال أبو داود : كان أسامة أسود وكان زيد أبيض .

ذكر الشوكانى هذا الحديث فى نيل الأوطار ، وقال وقد أثبت الحكم بالقافة عمر بن الخطاب وابن عباس وعطاء والأوزاعى ومالك والشافعى وأحمد .

وذهبت العترة والحنفية الى أنه لا يعمل بقول القائف فى الحاق الولد ، بل يحكم بالولد الذى ادعاه اثنان لهما ، واحتج لهم صاحب البحر بحديث : الولد للفراش . وروى عن الامام يحيى أن حديث القافة منسوخ [٣] .

واليكم بيان المذاهب فى ذلك :

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أنه لا يجوز العمل بقول القافة ولا الاعتماد على رأيهم فى الحاق الولد واثبات نسبه ممن يشبهه للحديث

(٣) نيل الأوطار جـ٦ ص٢٨٢ وما بعدها .

الصحيح « الولد للفراش وللعاهر الحجر » جعل أساس ثبوت النسب الفراش ولأن القافة يعتمدون على الشبه والشبه قد يتحقق بين الأجانب وينتفى بين الأقارب فلا يصلح أساسا لاثبات النسب .

وحديث مجزز المدلجى لا حجة فيه لأن نسب أسامة بن زيد من أبيه كان ثابتا بالفراش ، ولم يثبت بقول مجزز وسرور النبى صلى الله عليه وسلم بما قاله مجزز انما كان لقضائه على تمادى الناس فى نسب أسامة وخوضهم فيه مما كان يتأذى به النبى صلى الله عليه وسلم ، وكان العرب يعتقدون صحة قول القافة ويعتمدون عليهم فى الحاق الولد منذ الجاهلية ، فجاء قول مجزز قاضيا على خوضهم فى نسب أسامة ، وسر النبى صلى الله عليه وسلم لذلك .

فان تنازع اثنان نسب صغير ، فان كان أحدهما صاحب فراش قضى له بنسب الصغير ، وان لم يكن أحدهما صاحب فراش ولا مرجح ألحق الولد بهما وثبت نسبه منهما .

مذهب المالكية :

ويرى المالكية أنه يعمل بقول القافة فى الحاق الولد وثبوت نسبه أخذا من حديث مجزز المذكور لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد أقر قول مجزز وسر به ولو لم يكن حجة فى ثبوت النسب لما أقره اذ لا يقر الا ما هو حق .

وقد اختلفت الرواية عن الامام مالك : هل يكتفى بقائف واحد كالأخبار وهى رواية ابن القاسم ، أو لابد من قائفين كالشهادة ، وهى رواية أشهب .

وهل يشترط فى القائف أن يكون عدلا أو لا يشترط ؟ روايتان .

والمشهور عند المالكية أنه لا يحكم بقول القائف الا فى أولاد الاماء دون أولاد الحرائر .

وقال ابن وهب : يعمل به فى أولاد الحرائر واختاره اللخمى .

وقال ابن يونس : انه أقيس ، وهل يجوز عندهم الحاق الولد باثنين ، قال الصردى : مذهب مالك أنه يكون للرجل أبوان فان أشركتهما القافة فى الولد كان ابنا لهما جميعا فى قول ابن القاسم وغيره ، وقيل لا يقبل قول القائف فى الاشراك بينهما ويدعى غيره حتى يلحقه بأصحهما شبها واذا لم توجد القافة يوقف الى أن يكبر فيوالى من شاء منهما ، ولا تعتمد القافة الا على أب موجود على قيد الحياة وقيل تعتمد على الأب الميت الذى لم يدفن ، وقيل تعتمد على العصبة [1] .

مذهب الشافعية :

ويرى الشافعية أنه يعمل بقول القافة فى الحاق الولد وثبوت نسبه لحديث مجزز المذكور سواء فى ذلك أولاد الاماء وأولاد الحرائر .

(١) التبصرة جـ٢ ص٩٣ وما بعدها .

ويشترط أن يكون القائف حرا مسلما عدلا ذكرا مجربا .

ولا يشترط التعدد فى الأصح .

وان اختلف القائفان يرجح الأكثر حذقا ومهارة أو يؤتى بثالث ويؤخذ بموافقته أحد الاثنين ، ويعمل بقول القافة عند تنازع رجلين نسب صغير وعند تنازع امرأتين على الصحيح عند عدم تيقن الأم [١] .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة العمل بقول القافة فى ثبوت النسب للحديث فى أولاد الاماء وأولاد الحرائر على السواء فى تنازع رجلين .

ويجوز ثبوت النسب منهما معا وفى تنازع امرأتين .

روى ابن الحكم أن يهودية ومسلمة ولدتا وادعت اليهودية ولد المسلمة فقيل للامام أحمد : تكون فى هذا القافة ؟

فقال : ما أحسنه .

وهل يكفى قائف واحد أو لابد من اثنين ؟

فى رواية جعفر بن محمد النسائى ومحمد بن داود المصيصى والأثرم لابد من اثنين .

(١) حواشى التحفة جـ١٠ ص٣٤٨ وما بعدها .

وفى رواية أبى طالب واسماعيل بن سعيد أنه يكفى قائف واحد ، وهو اختيار القاضى وصاحب المستوعب .

وأخذ بعضهم من نص الامام أحمد على الاكتفاء بالطبيب والبيطار الواحد اذا لم يوجد سواه رواية ثالثة بالاكتفاء بالقائف الواحد اذا لم يوجد سواه ، لأن القائف مثل الطبيب بل هو أولى اذ الأطباء أكثر وجودا من القافة [٢] .

مذهب الظاهرية :

ويقول ابن حزم الظاهرى فى المحلى : ان الأخذ بقول القافة فى الحاق الولد واجب فى أولاد الحرائر والاماء أخذا من حديث مجزز المذكور لأن سرور النبى صلى الله عليه وسلم تقرير له ودليل على اعتباره طريقا للالحاق [٣] .

مذهب الزيدية :

جاء فى البحر الزخار [٤] : قالت العترة لا يثبت النسب بالقافة وهو الشبه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الولد للفراش » وهذا فى معنى النفى والاثبات ، كقوله : « الأعمال بالنيات » .

وقال الشافعى : بل يثبت لقوله صلى الله عليه وسلم لامرأة هلال ان جاءت به أصيهب أثيبج حمش الساقين فهو لزوجها ، فأثبت النسب بالشبه ، قلنا : معارض

(٢) كشاف القناع جـ٦ ص٣٧٤ والطرق الحكمية لابن القيم ص٢٥٢ وما بعدها .
(٣) المحلى لابن حزم جـ٩ ص ٤٣٥ .
(٤) جـ٣ ص١٤٤ ، ١٤٦ .

بقوله صلى الله عليه وسلم للذى قال له ان امرأتى أتت بولد أسود « عسى أن يكون عرق نزعه » فلم يعتبر الشبه .

وقوله فى امرأة هلال : أراد أنه خلق من ماء من أشبهه ، وان لم يثبت نسبه شرعا وقال الامام يحيى أو كان قبل نسخ العمل بالقافة لقوله صلى الله عليه وسلم : الولد للفراش .

وتحدث عن مسألة اتفاق فراشين للحرة كنكاح امرأة المفقود حيث رجع وقد تزوجت ، ونكاح المعتدة جهلا والأعمى غير زوجته غلطا ، وعن الحاق الولد بأحدهما دون الآخر عند الامكان وعدم الحاقه بأيهما عند التعذر ، ثم قال : وقال الشافعى بل يعمل بالقافة اذ لا ترجيح لأيهما .

قلنا : بل الترجيح بما ذكرنا ، والقافة غير ثابتة شرعا . وهذا صريح فيما يفيد أن الزيدية لا يثبتون النسب بالقيافة .

مذهب الامامية :

لا يجيز الشيعة الامامية الأخذ بقول القائف فى الحاق الولد ويكادون يجمعون على تحريم العمل بها لمنافاتها لما هو كالضرورى من الشرع من عدم الالتفات الى هذه العلامات وهذه المقادير والمدار عندهم فى الحاق النسب على الاقرار والولادة على الفراش أو نحو ذلك ، مما جاء به الشرع [١] .

(١) جواهر الكلام للمحقق النجفى من باب المتاجر وجامع المقاصد للكركى من هذا الباب .

القرعة

جاء فى نيل الأوطار للشوكانى : عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد أن يخرج سفرا أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه .

وقال الشوكانى : استدل بذلك على مشروعية القرعة فى القسمة بين الشركاء وغير ذلك .

والمشهور عن الحنفية والمالكية عدم اعتبار القرعة .

قال القاضى عياض : هو مشهور عن مالك وأصحابه لأنها من باب الحظر والقمار وحكى عن الحنفية اجازتها [٢] .

وفى الطرق الحكمية لابن القيم [٣] : ومن طرق الأحكام الحكم بالقرعة ، قال تعالى : « ذلك من أنباء الغيب نوحيه اليك ، وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ، وما كنت لديهم اذ يختصمون » [٤]

وقال تعالى : « وان يونس لمن المرسلين . اذ أبق الى الفلك المشحون . فساهم فكان من المدحضين » [٥] .

ثم ساق عدة أحاديث فى القرعة بين الزوجات فى السفر وفى العتق فى مرض الموت بما يزيد عن الثلث .

وفى القسمة بين الشركاء وفى اليمين اذا أكره الرجلان عليها أو استحباها فليستهما عليها وفى الطلاق ، وقال ان مذهب الامام

(٢) نيل الأوطار جـ٦ ص٢١٧ وما بعدها ، طبع المطبعة العثمانية المصرية سنة ١٣٥٧ هـ .
(٣) ص٣٣٧ وما بعدها .
(٤) الآية رقم ٤٤ من سورة آل عمران .
(٥) الآيةرقم ١٣٩ من سورة الصافات .

أحمد أن القرعة طريق للقضـاء ، وذكر خلاف الأئمة الثلاثة فى استعمالها فى الطلاق واليكم بيان المذاهب :

مذهب الحنفية :

لا يعتبر الحنفية القرعة طريقا من طرق القضـاء والحـكم ، ومن ثم قرروا أنه لا يجوز استعمالها فى دعاوى النسب والمال ، وفى الطلاق ، والعتق حين يكون الطلاق أو العتق لغير معين أو لمعين ، ويتسنى قبل موت المطلق أو المعتق وحين يتأخر بيـانه حتى الموت .

وقرروا أنها حين تجرى فيما تجرى فيه عنـدهم لا تكون الطريق لاثبـات الحق والملك أو الالزام به وانما تكون لتطييب القلوب ونفى التهمة .

جاء فى شرح العناية على الهداية وتكملة فتح القدير تعليقا على قول صاحب الهداية فى باب القسمة « والقرعة لتطييب القلوب » هذا هو الاسـتحسان والقياس يأباها لأن فى اسـتعمال القرعة تعليـق الاسـتحقاق بخروجها .

وذلك قمار أو هو فى معنى القمار ، وهو حرام .

ولهذا لم يجوز علماؤنا اسـتعمالها فى دعوى النسب والمال ، وتعيين المطلقةوالعتق ولكنا تركنا القياس هنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليـه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير .

وليس هذا من باب القمار لأن أصل الاستحقاق فى القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لأن القاسم لو قال : عدلت فى القسمة ، فخذ أنت هذا الجانب وخذ أنت ذاك الجانب ولم يستعمل القرعة كان مستقيما الا انه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز [1] .

ومثل ذلك فى تنوير الأبصـار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه من باب القسم بين الزوجات [2] .

مذهب المالكية :

لا يعتبر المالكية القرعة طريقا للقضـاء بثبوت الحق والملك وانما يعتبرونها طريقا لقطـع النـزاع على الاختصـاص بالحق والأولوية به ولا تجرى عندهم فى الطلاق .

جاء فى التبصرة لابن فرحون المالكى : قال القرافى رحمـه الله تعالى فى الفروق : الفـرق الأربعين والمائتين : اعلم أنه متى تعينت المصلحة أو الحق فى جهـة فلا يجوز الاقراع بينـه وبين غيـره لأن فى القرعة ضياع ذلك الحق المعين . والمصلحة المعينة. ومتى تساوت الحقوق والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعا للضـغائن والأحقاد والرضا بما جرت به الأقدار [3] .

ثم ذكر صـاحب التبصرة أن القـرعة مشروعة فى مواضع : وعد اثنين وعشرين موضعا منها ، بين الأب والأم عند التنازع

(١) فتح القدير جـ٨ ص٢١٥ وما بعدها .

(٢) ابن عابدين جـ٢ ص٤١١ الطبعة الثالثةالاميرية سنة ١٣٢٣ هـ .

(٣) جـ٢ ص٩٢ .

على حضانة الصغير ، وبين الزوجات عند السفر ، وبين الشركاء فى القسمة ، وبين المؤذنين والأئمة للصلاة ، والخلفاء عند التنازع والاستواء فى الكل . وبين العبيد اذا أوصى بعتقهم أو بثلثهم فى المرض ثم مات ولم يتسع الثلث للوصية ، وبين المتابعين اذا اختلفا فيمن يبدأ باليمين عند التحالف والتناسخ [١] .

مذهب الشافعية :

تعتبر القرعة عند الشافعية طريقا لقطع الخصومة والنزاع ، ويجرونها فى العتق والقسمة والقسم بين الزوجات والسفر بهن وغير ذلك ، ولا يجيزون استعمالها فى الطلاق لعدم ورود النص فيه .

جاء فى شرح المنهج : ولو أعتق فى مرض موته عبدا لا يملك غيره ولا دين عليه عتق ثلثه ، ولو أعتق ثلاثة معا لا يملك غيرهم وقيمتهم سواء عتق أحدهم ، ويتميز عتقه بقرعة لأنها شرعت لقطع المنازعة فشرعت طريقا .

وقال البجرمى فى حاشيته أن القرعة لا تحصل العتق بل هو حاصل وقت اعتاق المريض وانما هى تميز العتيق عن غيره .

وجاء فى الشرح المذكور : ولو علق بهما أى بنقيضين لزوجته وعبده ، كأن قال : ان كان هذا الطائر غرابا فزوجتى طالق والا فعبدى حر .

وجهل الحال منع منهما لزوال ملكه عن أحدهما ، فلا يتمتع بالزوجة ولا يتصرف فى العبد الى بيان لتوقعه ، فان مات قبل بيانه لم يقبل بيان وارثه بل يقرع « أى يعمل قرعة » فلعل القرعة تخرج على العبد فانها مؤثرة فى العتق دون الطلاق ، فان خرجت القرعة على العبد عتق ، وان خرجت على الزوجة بقى الاشكال ، اذ لا أثر للقرعة فى الطلاق [٢] .

مذهب الحنابلة :

أما الحنابلة فانهم يعتبرون القرعة طريقا من طرق القضاء والحكم ، بل هى عندهم كالحكم ، وتجرى عندهم فى الطلاق والنكاح والعتق والأموال والقسم بين الزوجات والسفر بهن وغير ذلك لما يجرى فيه النزاع والتخاصم .

جاء فى كشاف القناع [٣] فى باب القسمة : فاذا تمت القسمة بأن عدلت السهام وأخرجت القرعة لزمت القسمة لأن القاسم كالحاكم وقرعته كالحكم . نص عليه لأنه مجتهد فى تعديل السهام كاجتهاد الحاكم فى طلب الحق فوجب أن تلزم قرعته .

وفى الطرق الحكمية لابن القيم [٤] : قال أحمد فى رواية اسحاق بن ابراهيم وجعفر ابن محمد : القرعة جائزة .

وقال يعقوب بن بختان : سئل أبو عبد الله عن القرعة ومن قال انها قمار ، قال : ان كان ممن سمع الحديث ، فهذا كلام رجل سوء يزعم أن حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم قمار .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) حاشية البجرمى على شرح المنهج جـ٤ ص٢٠ ، ٤١٨ .

(٣) جـ٦ ص٣٠٦ .

(٤) ص٣٣٧ وما بعدها .

قال اسحاق : قلت لأبى عبد الله أتذهب الى حديث عمران بن حصين فى العبيد ؟

قال : نعم .

وقال مهنا : سألت أحمد عن رجل قال لامرأتين احداكما طالق أو لعبدين أحدكما حر ، قال : قد اختلفوا فيه .

قلت : ترى أن يقرع بينهما ؟

قال : نعم .

قلت : أتجيز القرعة فى الطلاق ؟

قال : نعم ، وفى النكاح اذا زوج الوليان، ولم يعلم السابق منهما يقرع بينهما . فمن خرجت عليه القرعة حكم له بالنكاح وأنه الأول هذا منصوص أحمد فى رواية ابن منصور وحنبل .

ونقل أبو الحارث ومهنا لايقرع فى ذلك وفى الدابة تكون فى يد رجل لا يملكها وهى لأحد رجلين لا يعرفه عينا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه « أى خرجت له القرعة » حلف وسلمت اليه .

مذهب الظاهرية :

وفى مذهب الظاهرية ذكر ابن حزم الظاهرى فى المحلى أن من أوصى بعتق رقيق له لا يملك غيرهم أو كانوا أكثر من ثلاثة لا ينفذ من ذلك شىء الا بالقرعة .

ثم ذكر صورا للوصية : يعتق عبيده الذين لا مال له غيرهم : أو يعتق أكثر من ثلث كل واحد منهم باجمال ودون ذكر أسمائهم ، فان الوصية يكون فيها حق لله تعالى وحق للورثة ، ولابد من القسمة ليتميز حق الله من حق الورثة ، ولا سبيل الى تمييز الحقوق والانصباء فى القسمة الا بالقرعة ، فوجب الاقراع بينهم . فمن خرج عليه سهم العتق علمنا أنه هو الذى استحق العتق بموت الموصى وأنه حق الله تعالى ومن خرج عليه سهم علمنا أنه لم يوص فيه الموصى وصية جائزة وأنه من حق الورثة ، وهذا صريح فى اعتبار القرعة وجوازها ، فى العتق والقسمة [1] .

مذهب الزيدية :

جاء فى البحر الزخار [2] : القرعة مشروعة فى القسمة اجماعا وفى غيرها الخلاف ، وعند الزيدية هى توجب الملك لاقراعه صلى الله عليه وسلم بين نسائه وعمله بنا اقتضت.

وعند الامام يحيى وبعض الأصحاب انما شرعت لتطييب النفوس لا للملك ، أو تعيين الحاكم أو التراضى بعد الافراز أو التقويم كالعقد ، واقراعه صلى الله عليه وسلم بين نسائه لتطييب نفوسهن فقط اذ له السفر بمن شاء .

وجاء فى البحر أيضا [3] : قالت العترة يصح تعليق العتق فى الذمة كأحدكم حر اذ هو قربة كالنذر بخلاف الطلاق ويؤخذ بالتعيين كمن نذر بمجهول ، فان مات قبله عتقوا جميعا اذ لامخصص لبعضهم فاستحق كل منهم قسطا فسرى الى باقيه .

وقال الشافعى والليث بن سعد : بل يقرع بينهم كفعله صلى الله عليه وسلم اذ أقرع بين ستة أعبد لرجل أعتقهم فى مرضه

(١) محلى جـ٩ ص٣٤٢ .
(٢) جـ٤ ص١٠٨ .
(٣) جـ٤ ص٢٠٥ .

فأرق أربعة واعتق اثنين ، ولاقراعه بين نسائه فى السفر ، ولمساهمة يونس عليه السلام وفى كفل مريم عليها السلام .

قلنا : أما الأعبد فمخالف للأصول ، اذ الحرية لا يطرأ عليها الرق اجماعا . وأما غيرهم فلتطييب النفوس لا لأمر أوجبه . وليست طريقا شرعيا . وما استدلوا به معرض للاحتمال .

وجاء فى البحر الزخار أيضا [١] : وقالت العترة اذا أوقعه — أى الطلاق — على غير معينة فى نيته كاحداكن كذا وقع على واحدة لا بعينها ، وبه قال القاسمية فليس له صرفه الى من يشاء لأنه لا يتعلق بالذمة . وعن المؤيد بالله له تعيين من شاء اذ يجوز ثبوته فى الذمة .

وهذا كله ظاهر فى أن القرعة معتبرة عند الزيدية فى القسمة ، والخلاف بينهم فى أنها تثبت الملك أو لا .

أما فى غير القسمة كالعتق والطلاق ، فان القرعة غير معتبرة اذ ليست طريقا شرعيا .

مذهب الامامية :

ويقرر الشيعة الامامية أن القرعة مشروعة بالكتاب والسنة ، ويقولون ان موارد القرعة على قسمين :

أحدهما : ما كان الحق فيه معينا فى الواقع واشتبه علينا ظاهرا لعارض .

وثانيهما : ما كان مرددا بين شيئين أو أكثر ولم يكن معينا فى الواقع . ويطلب فيه التعيين .

(١) جـ٣ ص١٧٠ .

ومن هذا القسم الأمور المشتركة بين شركاء ولم يتراضوا على القسمة بينهم ، وقد اختلفوا فى معنى القضاء بالقرعة، فقيل انها بنفسها فاصلة وميزان للقضاء دون حاجة الى اليمين معها ، وقيل ان المشهور أن القضاء بها يحتاج الى اليمين [٢] .

وفى المختصر النافع : ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو أوصى بعتقهم ولا مال سواه عتق ثلثهم بالقرعة ، فهى تجرى عندهم فى العتق ، وهو من القسم الثانى من مواردها فيما ذكره صاحب عوائد الأيام .

مذهب الاباضية :

والقرعة مشروعة عند الاباضية ، وقد عقد صاحب شرح النيل بابا فى قسمة القرعة وقال انها هى الأصل وتكون بعد تقويم الأنصباء وتعديلها ، واذا حلف الشركاء أن يقتسموا يبرون فى حلفهم بقسمة القرعة وقال : وقد ذكر أن القرعة فى القرآن فقال : « فساهم فكان من المدحضين » ، « وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم » .

وكان النبى صلى الله عليه وسلم اذا أراد سفرا أقرع بين نسائه أيتهن وقع سهمها أخذها معه .

وقال لرجلين لما اختلفا : « استهما » . وأمر أن يقرع بين حمزة وقتيل آخر فى ثوبين ليكفن كل منهما فى الثوب الذى يخرج له .

واختصم ثلاثة الى على فى ولد لأمة وقعوا عليها فى طهر واحد ، فقال : أنا مقرع

(٢) عوائد الايام للقراقى ص٢٢٨ ، والقضاء للاشتيانى ص ٣٩٠ ، والمختصر النافع ص١٩١ .

بينكم فمن وقع السهم له فله الولد وعليه لكل من صاحبيه ثلث الدية ، وعجب من ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم ولم يصح أنه أنكره ، وهذا دليل على أن القرعة مشروعة عندهم كطريق لقطع النزاع وأنها تجرى فيما ذكر كله [1] .

الفراســـــــة

تعريف الفراسة :

الفراسة : هى النظر الفاحص المثبت الناشىء عن جودة القريحة وحدة النظر وصفاء الفكر .

قال ابن القيم الحنبلى فى الطرق الحكمية [2] : ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات ، فاذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا اقراراً .

وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم اذا ارتاب بالشهود فرقهم وسألهم : كيف تحملوا الشهادة وأين تحملوها . وذلك واجب عليه ، متى عدل عنه أثم وجار فى الحكم .

وكذلك اذا ارتاب بالدعوى سأل المدعى عن سبب الحق وأين كان ونظر فى الحال ، هل يقتضى صحة ذلك .

وكذلك اذا ارتاب بمن القول قوله والمدعى عليه ، وجب عليه أن يستكشف الحال ويسأل عن القرائن التى تدل على صورة الحال .

(١) شرح النيل باب قسمة القرعة .
(٢) ص٢٨ وما بعدها .

وقل حاكم أو وال اعتنى بذلك وصار له فيه ملكة الا وعرف المحق من المبطل وأوصل الحقوق الى أهلها .

ثم ذكر فراسة عمر بن الخطاب وقضائه بها فى بعض المسائل ، وفراسة على بن أبى طالب كذلك وفراسة بعض القضاة السابقين كشريح واياس بن معاوية وأبى حازم وغيرهم .

وذكر شواهد من فراسة بعض الحكام والأمراء وما كان لها من أثر فى كشف الحقيقة والوصول الى الحق ، وأن هؤلاء الخلفاء والقضاة والحكام والأمراء كانوا يبنون الأحكام فى كثير من المسائل على الفراسة ، وهو يرى أن الفراسة طريق من طرق القضاء والحكم .

مذهب المالكية :

وفى مذهب المالكية : النص الصريح على عدم جواز القضاء بها ، وأن القضاء بها من باب الظن والتخمين ، وذلك فسق وجور [3] .

ونقل القرطبى فى تفسيره عن القاضى أبى بكر بن العربى أنه قال : الفراسة لا يترتب عليها حكم ، فان مدارك الأحكام معلومة شرعا ، مدركة قطعا وليست الفراسة منها .

وقال صاحب التبصرة: والحكم بالفراسة مثل الحكم بالظن والحزر والتخمين وذلك فسق وجور من الحاكم ، والظن يخطىء ويصيب .

(٣) التبصرة ابن فرحون المالكى جـ٢ ص١٠٦ وما بعدها .

أَثَـرٌ

المعنى اللغوى :

أثر الشيء بقيته ، والجمع آثار ، والأثر أيضا ما بقى من رسم الشيء ، والأثر أيضا ما نتج عن شيء فدل على أن ذلك الشيء قد كان ، كقولهم : النبات أثر للقطر لأنه حصل به ودل عليه ، ومنـه قوله تعالى : « فانظر الى آثار رحمـة الله كيف يحيى الأرض بعد موتها » [١] .

ومواقع الأقدام آثار يستدل بها عـلى السائرين ، ومنه قوله تعالى : « فهم على آثارهم يهرعون » [٢] « قال هم أولاء على أثرى » [٣] .

فذلك تعبير عن سـلوكهم طـريق من سبقهم ، متتبعين آثارهم ، والأثر أيضـا : الخبر ، لأنه بقية تؤثر لمن يخبر عنه ، ومنه اطلاق الآثار على السـنن المروية عن النبى صلى الله عليه وسلم .

والأثر (بسـكون الثـاء بعد الهمـزة المفتوحة) : نقل الحديث وروايته ، ومنـه أثرت العلم آثره أثرا ، أى رويته ، وأصله تتبعت أثره [٤] .

(١) سورة الروم : ٥٠ .

(٢) سورة الصافات : ٧٠ .

(٣) سورة طه : ٨٤ .

(٤) انظر مادة «أثر» فى كل من القاموس ولسان العرب ومفردات الراغب الاصفهانى .

معنى الأثر فى مصطلح الحديث :

علماء مصطلح الحديث يطلقون «الأثر» أحيانا على ما يروى من السـنة مرفوعا أو موقوفا أو مقطوعا ، وأحيـانا يفرقون بين المرفوع فيسمونه خبرا ، والموقوف فيسمونه أثرا .

ويوضح ذلك ما ذكره السـيوطى [٥] فى التدريب ، والنـووى فى التقـريب ، اذ يقولان ما نصه :

« الموقوف هو المروى عن الصحابة قولا لهم أو فعلا أو نحوه » أى تقريرا « متصلا كان » اسناده « أو منقطعا ، ويستعمل فى غيرهم » كالتابعين « مقيدا ، فيقال : وقفه فلان على الزهرى ونحوه ، وعنـد فقهـاء خراسان تسمية الموقوف بالأثر ، والمرفوع بالخبر » قال أبو القاسم الفـورانى أحد فقهاء خراسان : الفقهـاء يقولون الخبر ما يروى عن النبى صلى الله عليـه وسـلم ، والأثر ما يروى عن الصحابة .

المراد بالأثر فى استعمال الفقهاء :

ا) يستعمل الفقهاء أحيـانا كلمـة الأثر أو الآثار ، فيما يروى من السنة عن النبى صلى الله عليـه وسلم مرفوعا ، أو موقوفا ، أو غيـر ذلك ، كقولهم : والآثار دالة على كذا ، أو وقد استدل على هذا بالأثر المروى عن فلان ، أو المرفـوع أو

(٥) انظر ص١٠٩ من كتـاب تدريب الراوى شرح تقريب النواوى للسيوطى المطبوع بمصر ١٣٧٩ هـ .

المنقطع ، أو المتصل الى غير ذلك ، جريا على التوسع فى المعنى الاصطلاحى للأثر .

ب) وأحيانا يستعملون كلمة الأثر مضافة ، فيقولون : أثر العقد ، وأثر الفسخ ، وأثر النكاح الفاسد ، وأثر الاقرار ، وأثر اللعان ونحو ذلك ويذكرون الأثر حين يتكلمون عن الاستدلال بآثار الأقدام وما يتصل بها من القافة « انظر قافة » ويذكرون أثر كل فى المصطلح المضاف اليه .

إِثْمٌ

١ ــ المعنى اللغوى :

الاثم : الذنب وأن يعمل الانسان ما لا يحل له ، وجمعه آثام ، ويقال أثم فلان (بكسر الثاء) يأثَم (بفتحها) اذا وقع فى الاثم فهو آثم .

٢ ــ المعنى الاصطلاحى :

والفقهاء يستعملون كلمة الاثم ، بمعنى المعصية ، كقولهم : اذا حلف على اثم يريدون فعل معصية ، فيجب عليه ألا يفعله ويكفر عن يمينه . وكقولهم : شرب الخمر اثم وقذف المحصنات اثم ، والغصب اثم ، والغش اثم ، وهكذا .

كما يستعملونه بالمعنى اللغوى كقولهم هل يأثم اذا أكره على تناول المحرم ، وهل يأثم من أخر زكاة الفطر عن وقتها .

إِجَابَة

التعريف اللغوى :

الاجابة والاستجابة ، بمعنى ، وهو رجع الكلام ، تقول أجابه عن سؤاله ، واستجاب الله دعاءه ، قال الله تعالى : «فانى قريب ، أجيب دعوة الداع اذا دعان ، فليستجيبوا لى [1] .. »

وفعله : أجاب يجيب ، والمصدر الاجابة .

والمجاوبة والتجاوب : التجاور ، وتجاوب القوم : جاوب بعضهم بعضا [2]

أما عند الفقهاء فلا يكادون يخرجون بها عن هذا المعنى اللغوى .

أولا ــ اجابة المؤذن للصلاة :

مذهب الحنفية :

يذهب الحنفية الى وجوب اجابة المؤذن ، وقال الحلوانى بالندب ، وذلك فى اجابة اللسان وبالوجوب فى المشى بالقدم على من سمع الأذان ، ولو جنبا لا حائضا ونفساء وسامع خطبة ، وفى صلاة جنازة وجماع ومستراح وأكل وتعليم علم وتعلمه بخلاف القرآن بأن يقول بلسانه مثل ما

---

(١) الآية رقم ١٨٦ من سورة البقرة .
(٢) لسان العرب : مادة جوب .

يقول المؤذن اذا كان يؤذن بالعربية من غير لحن فى الأذان الا فى الحيعلتين فيحوقل ، وفى « الصلاة خير من النوم » فيقول صدقت وبررت ، ولو تكرر سماع الأذان أجاب الأول [١] .

مذهب الشافعية :

أما الشافعية فيذهبون الى استحباب الاجابة على المؤذن لمن سمعه ثم يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم لما روى عبد الله ابن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول ثم صلوا على ، فانه من صلى على مرة صلى الله عليه بها عشرا » .

فان سمع ذلك وهو فى الصلاة لم يأت به فى الصلاة ، فاذا فرغ أتى به وان كان فى قراءة أتى به ثم رجع الى القراءة لأنه يفوت والقراءة لا تفوت [٢] .

ويقول الشافعية ان الاقامة كالأذان فى الاجابة الا أنه يقول عند التلفظ باقامة الصلاة : أقامها الله وأدامها [٣] .

مذهب الحنابلة :

أما الحنابلة فيقولون يسن لمن سمع المؤذن أن يقول كقوله الا فى الحيعلة فانه يقول لا حول ولا قوة الا بالله ويستدلون على ذلك بما فى الصحيحين عن أبى سعيد مرفوعا « اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول » .

ويفصلون الأمر فيقول صاحب النكت والفوائد السنية : وظاهر الأمر على الوجوب وقد قال به هنا بعض العلماء وأكثرهم على الاستحباب كقولنا وقد ورد ما يؤخذ منه صرفه عن ظاهره وهو ما رواه جماعة منهم مسلم عن أنس أنه عليه الصلاة والسلام كان يغير اذا طلع الفجر وكان يستمع الأذان فان سمع أذانا أمسك والا أغار ، فسمع رجلا يقول الله أكبر الله أكبر فقال النبى صلى الله عليه وسلم : على الفطرة ، ثم قال : أشهد أن لا اله الا الله فقال : خرجت من النار .

وقد نص الامام أحمد فى رواية الأثرم وغيره على أنه لا يجب اجابة المؤذن .

وظاهر كلام صاحب المحرر وكلام الأصحاب أنه يكرر مثل ما يقول المؤذن بتكرر سماع الأذان للصلاة الواحدة ، وأنه اذا سمع الأذان وهو يقرأ قطع القراءة فاذا فرغ عاد عليها لأنها لا تفوت وكذا اذا دخل المسجد والمؤذن يؤذن وافقه ثم أخذ فى التحية [٤] .

مذهب المالكية :

ويقول المالكية : وندب حكاية الأذان لسامعه بأن يقول مثل ما يقول المؤذن من تكبير أو تشهد لمنتهى الشهادتين على المشهور ولو كان السامع فى صلاة نفل فيندب له حكايته أما حكايته فى الفرض

---

(١) حاشية ابن عابدين جزء اول صفحة ٣٦٧ وما بعدها .
(٢) المهذب جزء اول صفحة ٥٨ .
(٣) شرح المنهاج بهامش حاشية قليوبى وعميرة جـ١ ص١٣١ طبع الحلبى .
(٤) المحرر فى الفقه جـ١ ص٣٨ وما بعدها .

فمكروهة مع الصحة ان اقتصر على منتهى الشـهادتين أو أبدل الحيعلتين بالحـوقلتين والا فتبطل [١] .

مذهب الظاهرية :

أما ابن حزم الظاهرى فيقول : ومن سمع المؤذن فليقـل كما يقول المؤذن سواء من أول الأذان الى آخره وسواء كان فى غير صلاة أو فى صلاة فرض أو نافلة ، حاشـا قول المؤذن حى على الصـلاة ، حى على الفلاح ، فانه لا يقولهما فى الصلاة ويقولهما فى غير صلاة ، فاذا أتم الصلاة فليقل ذلك ، مستشهدا فى ذلك بالحديث السابق ذكره فى مذهب الشافعية [٢] .

مذهب الزيدية :

ويرى الزيدية أن يقول السامع كالمؤذن لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا سمعتـم النداء فقولوا مثل ما يقول المؤذن » وقال : « من قال حين يسمع ذلك دخل الجنة » . ويقول كالمقيم أيضا ، ويحوقل فى الحيعلة فيهما ، ويقطع ما هو فيه لذلك الا الصلاة ، فان فعل ، فكالدعاء فيها ونسب الى يحيى من فقهائهم انه يقول أقامها الله وأدامها ، عنـد قول مقيـم الصـلاة « قد قامت الصلاة » [٣] .

ويقول الزيدية أيضـا : « وندب لسامع الأذان أن يحوقل بأن يقول لا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم ويدعو » [٤] .

(١) الدردير جـ١ ص٨٧ ، ٨٨ والحاشية .
(٢) المحلى لابن حزم جـ٣ ص١٤٨ .
(٣) البحر الزخار جـ١ ص١٩٨ .
(٤) شرح الازهار جـ١ ص٢٢٦ .

مذهب الامامية :

ويقول الشـيعة الجعفرية : ويسـتحب الحكاية لغير المؤذن اذا سمع كما يقـول المؤذن وان كان فى الصـلاة الا الحيعلات فيها فيبدلها بالحوقلة ولو حكاها بطل لأنها ليست ذكرا ، وكذلك يجـوز ابدالهـا فى غيرها ، ويردد المجيب عبـارة المـؤذن فى سكتته بين كل عبارة وأخرى أو يرددها معه، ووقت حكاية الفصل بعد فراغ المؤذن منه أو معه ، وليقطع الـكلام اذا سـمعه غير الحكاية وان كان قرآنا ، ولو دخل المسجد أخر التحية الى الفراغ منه [٥] .

مذهب الأباضية :

جاء فى كتاب الوضع فى الفقه الاباضى الحديث الوارد فى اجابة المؤذن وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « اذا سمعتم الأذان فقولوا مثل ما يقول المؤذن » [٦] .

ثانيا ـ اجابة الدعوة الى الوليمة :

مذهب الحنفية :

يذهب الأحناف الى أن اجابة الدعـوة سنة ، قال عليه الصلاة والسلام : « من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم » .

قال فى الهداية : ومن دعى الى وليمـة أو طعام فوجد ثمة لعبا أو غناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل ، وهذا اذا كان بعد الحضور ، ولو علم قبل الحضـور لا يحضر لأنه لم يلزمه حق الدعوة [٧] .

(٥) الروضة البهية ـ شرح اللمعة الدمشـقية ـ جـ١ ص٧٣ .
(٦) كتاب الوضع ص٨٣ طبعـة مطبعة الفجـالة الجديدة بمصر .
(٧) كتاب الهداية : الجزء الرابع ص٥٩ .

مذهب المالكية :

ويذهب المالكية الى وجوب اجابة الدعوة ، وهو فى الأكل بالخيار ، وفى الترمذى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من دعى فليجب ، فان شاء طعم وان شاء ترك » .

وقال ابن رشد : الأكل مستحب لقوله عليه السلام « فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل (أى يدعو) لصاحب الوليمة » [١] .

ويسقط وجوب الدعوة وجود غناء ورقص نساء وآلة لهو غير دف .

مذهب الشافعية :

أما الشافعية فيقولون : من دعى الى وليمة العرس ، وجب عليه الاجابة لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا دعى أحدكم الى وليمة فليأتها » .

ومن الشافعية من قال : هى فرض على الكفاية لأن القصد اظهارها ، وذلك يحصل بحضور البعض [٢] ، وقيل انها سنة .

وأما وليمة الختان والولادة فالاجابة اليها مستحبة قولا واحدا وقيل على الخلاف [٣] .

وانما تجب أو تسن بشرط [٤] ألا يخص الأغنياء بالدعوة وبشرط اسلام الداعى ، وألا يكون المدعو مرخصا فى ترك الجماعة أو الجمعة ، وألا يكون المقصود المباهاة وألا يكون الداعى فاسقا أو شريرا ، وألا يكون المدعو قاضيا الا مع أصله أو فرعه وألا تتعارض الدعوة مع ما هو أهم كأداء الشهادة وأن يتعين المدعو .

وان دعى مسلم الى وليمة ذمى ففيه وجهان : أحدهما تجب الاجابة للخير ، والثانى لا تجب لأن الاجابة للتواصل واختلاف الدين بمنع التواصل .

وان كانت الوليمة ثلاثة أيام أجاب فى اليوم الأول والثانى وتكره الاجابة فى اليوم الثالث لما روى أن سعيد بن المسيب رحمه الله دعى مرتين فأجاب ثم دعى الثالثة فحصب الرسول .

وعن الحسن رحمه الله أنه قال : الدعوة أول يوم حسن والثانى حسن والثالث رياء وسمعة . وان دعاه اثنان ولم يمكنه الجمع بينهما أجاب أسبقهما لحق السبق ، فان استويا فى السبق أجاب أقربهما رحما ، فان استويا فى الرحم أجاب أقربهما دارا ، فان استويا فى ذلك أقرع بينهما .

وان دعى الى موضع فيه دف أجاب لأن الدف يجوز فى الوليمة ، فان دعى الى موضع فيه منكر من زمر أو خمر فان قدر على ازالته لزمه أن يحضر لوجوب الاجابة

---

(١) بلغة السالك جـ١ ص٤٠٤ .
(٢) المهذب جـ٢ ص٦٤ .
(٣) شرح المحلى على منهاج الطالبين جـ٣ طبعة الحلبى .
(٤) شرح المحلى على منهاج الطالبين جـ٣ طبعة الحلبى .

ولازالة المنكر ، وان لم يقدر على ازالتـه لم يحضر ، لما روى أن رسول الله صلى الله عليـه وسلم نهى أن يجلس على مائدة يدار فيها الخمر .

ومن حضر الطعام فان كان مفطرا ففيه وجهان : أحدهما يلزمه أن يأكل ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا دعى أحـدكم الى طعام فليجب ، فان كان مفطرا فليأكل ، وان كان صائما فليصل » .

والثانى : لا يجب ، لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا دعى أحدكم الى طعام فايجب فان شاء طعم ، وان شاء ترك » .

وان دعى وهو صائم لم تسـقط عنـه الاجابة للخبـر ، ولأن القصـد التـكثير والتبرك بحضـوره ، وذلك يحصـل مع الصوم ، فان كان الصوم فرضا لم يفطر ، وان كان تطوعا فالمسـتحب أن يفطر لأنه يدخل السرور على من دعاه وان لم يفطر جاز [١] .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة وجوب اجابة الدعوة اذا كان الداعى مسلما وعين المدعو ، وقيل هى فرض كفاية ، وقيل مستحبة . ولا تجب مع من يجوز هجره ولا من عمم بدعوته ولا من دعى بعد اليوم الأول ، ولا يجوز لمن حضر الوليمة قطع صوم واجب ويسـتحب الأكل للمتنفل والمفطر . وقيل ان لم ينكسر قلب الداعى باتمام النفل فهو أولى . واذا علم فى الدعـوة منـكرا كالخمر والزمر وأمكنه الانكار حضر وأنكر والا فلا يحضر ولو حضر فشـاهد منـكرا أزاله ان قدر وجلس والا انصرف وان عـلم به ولم يره ولم يسمعه فله الجلوس [٢] .

مذهب الظاهرية :

أما ابن حزم الظاهرى فيقول : وفرض على كل من دعى الى وليمة أو طعـام أن يجيب الا من عذر فان كان مفطرا ففرض عليه أن يأكل ، فان كان صائما فليدع الله لهم ، فان كان هنالك حرير مبسـوط أو كانت الـدار مغصـوبة أو كان الطعـام مغصوبا أو كان هنـاك خمر ظاهر فليرجع ولا يجلس . عن نافع أن ابن عمر كان يقول عن النبى صلى الله عليه وسلم : اذا دعا أحدكم أخاه فليجبه عرسا كان أو نحوه .

وعن أبى هريرة قال : قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا دعى أحدكم فليجب ، فان كان صائما فليصل ، وان كان مفطرا فليطعم » .

(١) المهذب جـ٢ ص٦٥ .

(٢) المحرر جـ٢ ص٣٩ ، ٤٠ .

وصح عن أبى هريرة : من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله [١] .

مذهب الزيدية :

ويندب عند الزيدية حضور الوليمة بشروط سبعة : أولها أن تعم الفقير والغنى ، والثانى : حيث تكون فى اليوم الأول والثانى ، والثالث : ألا يكون هناك منكر ، والرابع : أن يعين الداعى من يدعوه بنفسه أو برسوله أو بكتاب ، والخامس ألا يدعوه لخوف منه أو لطمع فى جاهه أو اعانته على باطل ، والسادس : ألا يكون الداعى فاسقا أو شريرا ، والسابع : ألا يكون أكثر مال الداعى حراما .

وندب أيضا اجابة المسلم الى طعامه وان لم يكن معه وليمة ، واذا اتفق داعيان أو أكثر فيستحب له اجابتهم جميعا ، ويندب له تقديم اجابة الأول ثم الأقرب نسبا ثم الأقرب بابا ، فاذا استويا أقرع بينهما [٢] .

مذهب الامامية :

أما الشيعة الجعفرية : فيستحبون اجابة الدعوة للوليمة عند الزفاف [٣] وقد حكم فى الشرائع بكراهة الصوم ندبا لمن دعى الى طعام ، واستدل عليه فى الجواهر بما دل على النهى عن معارضة المؤمن وترك اجابته

وقد قيل ان مقتضى اطلاق النص والفتوى عدم الفرق بين من هيأ لهم طعاما وغيره وبين من يشق عليه المخالفة وغيره ، ونص الفاضلان على اشتراط كونه مؤمنا ولعله لكونه المتبادر من الأخ ، ولأنه الذى رعايته أفضل من الصوم [٤] .

ثالثا ــ اجابة المستفتى :

يقول ابن القيم [٥] : ان سأل سائل عن الحكم فللمسئول حالتان : احداهما أن يكون عالما به ، والثانية أن يكون جاهلا به ، فان كان جاهلا حرم عليه الافتاء ، وان كان عالما بالحكم فللسائل حالتان : احداهما أن يكون حضر وقت العمل (أى جاء السائل الى المفتى لسؤاله عن واقعة حدثت) وقد احتاج الى السؤال ، فيجب على المفتى المبادرة على الفور الى جوابه ، الثانية أن يكون قد سأله عن الحادثة قبل وقوعها فهذا لا يجب على المفتى أن يجيب عنها ، وأطال فى ذكر الأدلة (انظر : افتاء) .

رابعا ــ اجابة الاستغاثة :

يقول الأحناف [٦] : يجب اغاثة الملهوف بقطع الصلاة ، سواء استغاث بالمصلى أو لم يعين أحدا فى الاستغاثة (انظر : اغاثة) .

خامسا ــ اجابة الخصوم عند القاضى :

لا خلاف بين الفقهاء فى الزام المدعى عليه بالاجابة على الدعوى اذا ما طلب منه ذلك .

---

(١) المحلى جـ٩ ص ٤٥٠ ، ٤٥١ .

(٢) التاج المذهب جـ٣ ص٤٨٠ ، ٤٨١ .

(٣) جامع المقاصد ــ للمحقق الكركى ــ باب النكاح

(٤) الجواهر باب الصوم جـ٣ ص٢٥٠ .

(٥) أعلام الموقعين جـ٤ ص١٥٧ طبع مصطفى محمد

(٦) ابن عابدين جـ١ ص٤٨٣ .

جاء فى البدائع [١] : « ان من حكم الدعوى وجوب الجواب على المدعى عليه لأن قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن ذلك الا بالجواب » .

وفى المغنى [٢] اذا حرر المدعى دعواه فللحاكم أن يسأل خصمه الجواب قبل أن يطلب المدعى ذلك .

وفى الدردير وحاشية الدسوقى [٣] : يلزم المدعى عليه أن يجيب المدعى على دعواه بشىء محقق أو بالانكار (انظر : دعوى ، وقضاء) .

سادسا ـ اجابة المرأة فى النكاح :

جاء فى كتاب الهداية فى الفقه الحنفى : النكاح ينعقد بالايجاب والقبول ، فلو استأذن الثيب فلابد من رضاها بالقول لقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب تشاور » ولأن النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق فى حقها [٤] .

وفى الكنز وشرحه للعينى [٥] ان استأذن الولى البكر البالغة فسكتت أو ضحكت فهو اذن منها (انظر : نكاح) .

(١) جـ٦ ص٢٢٤ .
(٢) جـ٩ ص٨٦ طبعة المنار .
(٣) جـ٤ ص١٤٤ .
(٤) الهداية جـ١ ص١٣٧ وما بعدها .
(٥) جـ١ ص١٤٥ .

سابعا ـ اجابة طالب الضيافة :

للفقهاء خلاف وتفصيل فى اجابة الضيف الى طلب الضيافة ، فيذهب الظاهرية ـ كما ينقل عنهم ابن حزم [٦] ـ الى أنها فرض .

وكذلك المالكية [٧] على تفصيل .

ونقل الشوكانى [٨] أنها ليست واجبة عند الجمهور (انظر : ضيافة) .

ثامنا ـ الاجابة الى الاسلام :

يقول الحنفية : ان الاجابة الى الاسلام بعد الدعوة اليه تقتضى الكف عن القتال وكذا فى الجزية بالنسبة لغير المرتدين ومشركى العرب .

جاء فى الهداية [٩] : اذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا حصنا أو مدينة دعوهم الى الاسلام فان أجابوا كفوا عن قتالهم ، وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية ، وهذا فى حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان لا يقبل منهم الا الاسلام فان بذلها من تقبل منهم الجزية فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين (انظر : جهاد) .

وقالوا [١٠] فى المرتد : يعرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه ويحبس ثلاثة أيام فان أجاب الى الاسلام والا قتل (انظر: مرتد) .

(٦) المحلى لابن حزم جـ٩ ص١٧٤ طبعة منير .
(٧) الدردير جـ٢ ص٤٨٧ والحاشية .
(٨) نيل الأوطار جـ٨ ص١٥٧ ـ الطبعة الأولى ـ المطبعة العثمانية المصرية .
(٩) الهداية مع فتح القدير جـ٤ ص٢٨٦ .
(١٠) الهداية مع فتح القدير جـ٤ ص٢٨٦ .

إجارة

١ — التعريف بها لغة :

يقال أجَر الشيء اكراه وأجَر العامل صاحب العمل رضى أن يكون أجيرا عنده وجمعه أجراء ، ومنه قوله تعالى : « على ان تأجرنى ثمانى حجج » [١] .

وأجَر فلانا على كذا أعطاه أجرا .

والفعل من باب قتل ، وعند بنى كعب من باب ضرب .

ويقال آجرت الدار فأنا مؤجرها ، كما يقال آجرت فأنا مؤاجر .

وأجر من فلان الدار أكراها له وأجر فلانا الدار أكراه اياها وآجره مؤاجرة استأجره ، واستأجره اتخذه أجيرا كما يقال ائتجر على فلان بكذا عمل له بأجر ، ويقال فى معنى أجره أكراه فهو مكر وكاراه فهو مكار واكتراه استأجره فهو مكتر وأكرانى دابته أجرنى اياها .

والأجرة الكراء والكروة .

والاجارة الأجرة على العمل .

والأجر عوض العمل وجمعه أجور وجمع الأجرة أجر [٢] .

٢ ــ التعريف بها شرعا :

يعرفها الفقهاء بأنها عقد يفيد تمليك المنفعة بعوض ، وبذلك تميزت من الجعالة لأن الجعالة ليست عقدا وانما تنشأ بارادة الجاعل وحدها ، ومن البيع والهبة لأنهما يفيدان تمليك الأعيان ، ومن العارية والوصية بالمنفعة لأن التمليك بهما بالمجان .

وليس فى تعريف الاجارة بذلك اختلاف بين الفقهاء جميعا ، وانما يختلفون فى العبارة الدالة على هذا المعنى من ناحية استعمال لفظ بدل لفظ له معناه أو من ناحية زيادة بيان وتفصيل كما فى تعريف بعض الحنابلة لها فى « كشاف القناع » بأنها عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة فى الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم .

واستثنوا من المدة ما فتح من الأرض عنوة وترك لأهله بالخراج على أن يكون أجرة له مراعاة للمصلحة العامة التى استوجبت ذلك فانه فى نظر الحنابلة يعد متروكا فى يد أهله بطريق الاجارة دون تقدير مدة لذلك ، ولذا يبقى فى أيديهم لا ينزع منهم .

وينتقل بالوراثة الى ورثتهم فيتوارثون منافعها كما تتوارث الأعيان [٣] .

وكذلك استثنوا الصلح مع صاحب أرض على حق ادعى عليه نظير بدل أو عوض هو أن يجرى المصالح فى تلك الأرض ماء أرضه الفاضل من ريها أو حاجتها من الماء فى ريها على أن يكون ذلك حقا له دائما ، فقد أجازوا ذلك على أنه اجارة للمجرى ، فى أرض المصالح بلا اشتراط مدة بل تعد اجارة مستمرة [٤] .

(١) الآية ٢٧ سورة القصص .
(٢) القاموس والمصباح والمعجم الوسيط ، مادة «أجر » .
(٣) كشاف القناع جـ١ ص ٦٨٨ .
(٤) منتهى الارادات جـ١ ص ٤٢٢ طبعة مكة المكرمة .

وقد شاع عند كثير من الفقهاء استعمال اسم الاجارة وما اشتق منها فى استئجار الآدميين واستعمال اسم الكراء وما اشتق منه فى استئجار غيرهم ومع ذلك فقد يستعملون اللفظين دون تفرقة بينهما فى الاستعمال [1] .

وفى الشرح الكبير للدردير [2] أن المالكية يسمون العقد على منافع الآدمى وما يقبل الانتقال كالثياب والأوانى ما عدا السفن والحيوان اجارة ، والعقد على منافع ما لا يقبل الانتقال كالأرض والدور ، وكذلك منافع السفن والدواب كراء ، وهذا هو الاستعمال الغالب عندهم ، وقد يستعملون أحد اللفظين محل الآخر .

الاجارة ــ محلها

محل الاجارة المنافع فلا ترد الا على منفعة ، والمنفعة نوعان :

منفعة أشياء : وهى ما يكتسب من الأعيان كمنافع الدور والثياب والحيوان ونحو ذلك .

ومنفعة أعمال : وهى ما يقوم به العمال من الأعمال التى تطلب منهم كالخياطة والصياغة والصناعة والنجارة والبناء والحمل ونحو ذلك .

ولما كان محلها المنافع كان الواجب فيها عند تمامها تسليم ذلك المحل الى من تملكه استيفاء لحقه ، غير أن المنافع لا يتصور فيها التسليم بذاتها لأنها أعراض ، فقام مقام ذلك تسليم العين التى تطلب منها المنفعة

(١) شرح النيل جـ٥ ص٥ للاباضية .
(٢) جـ٤ ص٢ .

وتمكين المنتفع من الانتفاع بها ، واعتبر ذلك تسليما للمنفعة نفسها ، وذلك واضح فى اجارة الأشياء .

أما فى اجارة العمال على الأعمال فان تسليم العمل المطلوب يتم اما بقيام العامل الأجير بالعمل فعلا والتخلية بينه وبين المؤجر ، واما بتسليم نفسه الى مستأجره واستعداده لأن يقوم به كما فى الأجير الخاص (الوحد) .

ولذا لو سلم نفسه الى مستأجره مدة الاجارة كلها مستعدا للقيام بالعمل استحق الأجرة ، وان لم يعمل لأنه فعل ما يطلب منه وما يستطيع أن يقوم به وذلك محل اتفاق بين المذاهب .

وبناء على ما ذكر لم تجز اجارة الشجر والكرم لأخذ ثمره كما فى استئجار البساتين لأخذ أثمارها لأن الثمر عين لا منفعة فلا ترد عليه الاجارة ، وكذلك لم يجز استئجار شاة لأخذ لبنها أو أولادها أو صوفها ولا استئجارها لترضع جَدْيا أو طفلا ولا استئجار الآجام والبرك لأخذ ما يكون فيها من السمك ولا استئجار المراعى المملوكة لرعى ما فيها من الكلأ ولا استئجار الفحل للضراب وغير ذلك مما يراد من استئجاره تملك عين لا منفعتها ، والى هذا ذهب الحنفية [3] ومالك [4] والشافعية [5] والحنابلة [6] كما ذهب الى ذلك أيضا ابن حزم من الظاهرية [7] والزيدية [8] .

(٣) البدائع جـ٥ ص١٧٥ .
(٤) الشرح الكبير جـ٤ ص ٢٠ .
(٥) نهاية المحتاج جـ٥ ص ٢٦٦ .
(٦) كشاف القناع جـ٢ ص٢٩٣ .
(٧) المحلى جـ٨ ص١٨٩ .
(٨) شرح الأزهار جـ٣ ص٢٤٩ .

وأما الشيعة الامامية : فقد جاء فى كتاب تحرير الأحكام [1] لهم : « ولا يجوز استئجار شجر لأخذ ثمره ، كما جاء فيه أيضا مانصه وفى جواز استئجار الغنم والابل والبقر لأخذ لبنها أو لاسترضاعها أو لأخذ صوفها أو شعرها أو وبرها اشكال كما جاء فيه أيضا : ويجوز كراء بئر أو عين لأخذ الماء منها أما شراء الماء فلا يصح » .

والحكم الأول الخاص باستئجار الشجر لأخذ ثمره يدل على أن الشيعة الامامية كغيرهم فى أنهم لا يجوزون ورود عقد الاجارة على الأعيان ومن ثم كان فى قولهم بجواز استئجار الغنم لأخذ لبنها وصوفها اشكال ، وربما دل هذا على وجود خلاف فى الفقه الشيعى فى تجويز اجارة عين لأخذ ما تنتجه من ماء أو لبن ونحوه ، ومن ثم جاز استئجار البئر لأخذ مائه تنيجة لهذا الخلاف وان لم يشر صاحب الكتاب الى هذا الخلاف ، وربما كان ذلك من قبيل الاستثناء وأن المذهب الشيعى يرى عدم الجواز الا فيما نص على جوازه .

الاباضية :

أما الاباضية فقد جاء فى شرح النيل جواز كراء البئر أو العين لأخذ مائه ، وان ذلك محل خلاف عندهم [2] .

وأجاز ذلك الحنفية لعموم البلوى [3]

واستثنى الفقهاء من هذا الأصل اجارة الظئر للارضاع مراعين فى ذلك أن الاجارة فى هذه الحال على ما تقوم به الظئر من أعمال ومنافع للطفل من حمل ورعاية وحفظ وغير ذلك من الأعمال التى تصلح أن تكون محلا لعقد الاجارة ، أما اللبن فتابع لذلك .

وذهب ابن عقيل من الحنابلة الى جواز استئجار البئر ليستقى منه أياما معلومة أو ليؤخذ منه دلاء معلومة .

وفى المغنى أن القول بهذا يقتضى جواز استئجار بركة ليصطاد منها السمك مدة معلومة .

كما نصوا على جواز الاستئجار على الكتابة وعندئذ يكون التزام الكاتب بالحبر والأقلام ودخوله فى الاجارة من قبيل دخول التابع ومثله خيط الخياط وكحل الكحال ومرهم الطبيب وصبغ الصابغ [4] وماء الحمام ، وذلك مع ملاحظة ما فى الحمام من الانتفاع بالأدوات والمكث فيه ، ومثل هذه المسائل كثير فيما جرى به العرف .

وفى المحلى لابن حزم [5] : ولم يجز مالك اجارة الشاة ولا الشاتين للحلب وأجاز اجارة القطيع من ذوات اللبن للحلب ، كما أجاز استئجار البقرة للحرث مع اشتراط لبنها .

وقد جاء بالتاج والاكليل للمواق ما يدل على ذلك [6] .

فقد جاء فيه جواز أن يكترى البقرة ويشترط حلابها لأن الغرر خف بما انضاف

(١) جـ١ ص٢٤٣ .
(٢) شرح النيل جـ٥ ص٣٩ .
(٣) الدر المختار جـ٥ ص٤٣ .
(٤) كشاف القناع جـ٢ ص٢٩٣ .
(٥) جـ٨ ص١٨٩ مسألة ١٢٩٦ .
(٦) هامش جـ٥ من الحطاب ص٤٢٢ .

اليها من الكراء كما خف في الغنم اذا كثرت وجاء في متن خليل ما يدل على أن شرط جواز الاجارة في هذه المسائل ألا يكون القصد منها أصالة الحصول على عين والا كانت ممنوعة [١] .

وجاء في الشرح الكبير للدردير : ولا يجوز استئجار شجر لأخذثمره ولااستئجار شاة لأخذ لبنهـا ، ثم ذكر بعد ذلك : أنه اذا اكتريت أرض أو دار وكان فيها شـجر مثمر جاز أن يشترط في عقد الاجارة دخول هذا الشجر فيه فيكون للمستأجر ثمره ، وذلك اذا توافرت الشروط الآتية :

١ — ألا يكون ثمر هذا الشجر قد بدا صلاحه ، فأما اذا بدا صلاحه فانه يجوز اشتراطه مطلقا بلا قيد ولو كان ثمره كثير القيمة ، وذلك على أساس أن ذلك الشرط حينئذ يجعل العقد عقدين ، عقد على اجارة العين وعقد على شراء الثمر واجتماع عقـد الاجارة مع عقد البيع جائز .

٢ — أن يكون بدو صـلاح هـذا الثمر في مدة الاجارة فان كان بدو صلاحه عادة بعد المدة لم يجز ذلك الشرط وفسدت به الاجارة وان كان قليل القيمة .

٣ — أن يكون هذا الشرط قد قصد به دفع الضرر عن العاقدين .

٤ — أن تكون مدة الاجارة وجيبـة لا مشاهرة .

٥ — أن تكون قيمة الثمر ثلث مجموع ما تؤجر به العين مضافا اليه قيمة الثمر أو أقل ، فان زادت على الثلث لم يجز وفسد العقد .

وليس يجوز مثل هذا الشرط في الأرض المستأجرة يكون فيها زرع الا اذا نقصـت قيمته عن ثلث مجموع ما تؤجر به الأرض مضافا الى ذلك قيمة الزرع [٢] .

وفي اغاثة اللهفـان [٣] الحنبلي : أن مالكا يرى جواز اجارة الشاة مدة معلومة بعلفها لأخذ لبنها ، وخالفه في ذلك الباقون ووجه قوله أن اللبن يحـدث بعلفـه وخدمتـه كحصول الغلة ببذر الزرع وخدمته لا فرق بينهما ، وقد جاز اجارة الأرض لذلك كما أنه يجوز اجارة بئر لمائها مدة معلومة مع أن حصول الماء ليس من عمله ، ويجوز اجارة بركة لأخذ ما فيها من السمك .

ومما يتصل بهذا الموضـوع ، ما أشرنا اليه من اجارة الظئر واجارة الحمام « كـراء الحمام » وهاك تفصيل حكمهما .

اجارة الظئر

وللمسترضع أن يسـتأجر ظئرا لقـوله تعالى : «وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جنـاح عليـكم اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف » [٤] .

ويجوز استئجارها بأجر معين كما يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها ولها عند ذلك

(١) التاج للمواق جـ٥ ص٤٢٢ .

(٢) جـ٢ ص٢٠ ، ٢١ من الدردير طبعة الحلبي .

(٣) جـ٢ ص٣٩ .

(٤) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

الوسط عند الامام لجريان العادة بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد بالانفاق ولها الأجر عند الحنفية ان أرضعته أو دفعته الى من أرضعته من جارة لها أو ظئر أخرى استأجرتها لذلك لأن الغرض من الاجارة غذاء الطفل وقد تحقق ذلك بعملها وعمل الثانية يعتبر كعملها لأنه حدث بأمرها وللعامل أن يعمل بنفسه وبغيره ما لم ينهه المؤجر عن ذلك ويشترط عليه أن يعمل بنفسه واذا كانت المرضع زوجا كان لزوجها فسخ هذه الاجارة اذا لم تكن باذنه متى كان النكاح ظاهرا فان لم يعلم الا بتصادقهما فليس له الفسخ ، وللمستأجر فسخها بحبل المرضع ومرضها وفجورها فجورا بينا وغير ذلك من الأعذار .

وتنتقض بوفاة الصبى لا بوفاة أبيه لأنه انما عقد للطفل لا لنفسه وعليها كل ما يقضى العرف بالزامها به كغسل الطفل وغسل ثيابه واعداد طعامه اذ الأصل فى توابع العقود التى لا ذكر لها فى العقد أنها تحمل على عادة كل بلد ، ولهذه الملاحظة صحت هذه الاجارة من حيث أنها تعد اجارة على ما حصل الطفل عليه من منافع بحسب العرف واللبن تابع كالصبغ فى الاستئجار على الصباغة ونحو ذلك ، والأجرة فيها على الأب المؤجر فى ماله ان لم يكن للطفل مال والا ففى مال الطفل ، واذا أرضعته بلبن شاة أو غذته بطعام ومضت المدة فلا أجر لها اذ لم تأت بالعمل الواجب عليها بالعقد وهو الارضاع [1] .

(١) البدائع جـ٤ ص١٧٠ ، ص٢٠٦ .

والى هذا ذهب مالك [2] ، غير أن مالكا جعل لها الفسخ بموت الأب اذا لم يعجل لها الأجر ولم يترك مالا ولم يتطوع به متطوع من وارث أو غيره .

ويرى الشافعى جواز اجارة الظئر للحاجة اليها ولابد فيها عنده من تعيين مدة الارضاع ومكانه ومن تعيين الرضيع برؤيته أو وصفه لاختلاف شربه باختلاف سنه وتكلف المرضع بأن تتناول ما يكثر به اللبن وتترك ما يقلله ولو سقته لبن غيرها استحقت الأجرة ان لم يشترط عليها ذلك [3] .

والى هذا ذهب الحنابلة [4] ، فصححوا اجارة الظئر بطعامها وكسوتها للعرف وتنتهى الاجارة بانقطاع اللبن واذا لم ترضعه وسقته اللبن من شاة أو أطعمته أو دفعته الى غيرها فأرضعته فلا أجرة لها لأنها تعرف ما التزمت به من قيامها بارضاعه .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم [5] : وجائز استئجار المرأة ذات اللبن لارضاع الصغير مدة مسماة لقوله تعالى : « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » [6] .

ثم قال بعد ذلك : ولا يجوز استئجار شاة للحلب أصلا ، وأجاز مالك اجارة القطيع لا الشاة والشاتين للحلب .

مذهب الزيدية :

ولا يختلف مذهب الزيدية عما ذهب اليه غيرهم من جواز اجارة الظئر بأجرة مسماة

(٢) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص١٣ .
(٣) نهاية جـ٥ ص٢٩٢ .
(٤) كشاف جـ٢ ص٢٨٦ .
(٥) المحلى جـ٨ ص١٨٩ مسألة رقم ١٢٩٥ .
(٦) الآية ٦ من سورة الطلاق .

غير أنهم يجعلون حكمها حكم الأجير الخاص ان أفاد العقد معها ذلك، وعندئذ لا تصح اجارتها بنفقتها للجهالة الا أن تقدر قيمتها فتصح ، وليس لها أن تؤجر نفسها من آخر الا باذن مستأجرها ولا تحضن غيره ولا ترضعه الا باذن واذا تعيبت بمرض أو حبل كان للمسترضع فسخها ولها أن تفسخ لما يلحقها من المضرة بعد ابتداء مدتها ولابد فيها كما تقدم من تعيين المدة والمكان والطفل ، ولابد من اذن زوجها .

ويرى الزيدية أنها تضمن ما يصيب الطفل من عيب غير غالب أو عيب ناتج عن اهمالها وتقصيرها أو مخالفتها للعقد فاذا سقته لبن شاة فمرض فعليها علاجه ودواؤه حتى يبرأ واذا مات وكان هذا مما يتلف به الأطفال ألزمت بديته [1] .

مذهب الامامية :

ويرى الشيعة الامامية أن استئجار الظئر بطعامها وكسوتها غير جائز للجهالة وكذلك استئجار الخادم على هذا الوضع ولو بين ذلك بما ترتفع به الجهالة جاز بشرط تعيين وقت الدفع اليها ، واذا كانت الاجارة بعوض معلوم وشرط لها نفقتها من طعام وكسوة ففي جواز ذلك نظر عندهم [2] .

ولابد فى استئجار الظئر من تعيين المدة والصبى بالمشاهدة ومكان الارضاع وبيان العوض وبيان المعقود عليه أهو خدمة الصبى وحمله وما الى ذلك مما جرت به العادة فى رعايته وحضانته واللبن تابع حينئذ كماء البئر فى الدار ، والصبغ فى الصباغة والخيط في الحياكة أم المعقود عليه الارضاع وماعدا ذلك تابع .

والأقرب الثانى وهو أن المعقود عليه للارضاع ولذا تستحق الأجرة به وان لم تخدمه دون العكس .

وجواز الاجارة فى هذه الحال مع أن المعقود عليه عين ترخيص دعا اليه الاستحسان ، ويكون ارضاع الولد على وضع يصلح به حاله ، ولو سقته لبن الغنم أو دفعته الى غيرها فأرضعته لم تستحق أجرا ولا يجوز اجارة زوجة للارضاع الا باذن زوجها .

وفى جواز اجارة الرجل زوجته لارضاع ولدها منه رأيان :

المذهب : عدم جوازه ، وجوزه ابن ادريس وهو جيد يؤيده أن ليس للرجل اجبار زوجته على ارضاع ولدها منه ولكن يجوز له استئجار زوجته على ارضاع ولده من غيرها وتنتهى الاجارة بوفاة الطفل وأجرة الارضاع على الطفل ان كان له مال لأن العقد له ولذا لا يبطل بموت والده [3] .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل : اجارة المرضع واردة فى القرآن ، قال تعالى : « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ، وهى سنة جرت فى

(١) شرح الأزهار وحاشيته جـ٣ ص٢٧٨ ، ٢٧٩ .
(٢) تحرير الاحكام جـ٢ ص٢٤٤ .
(٣) تحرير الاحكام جـ٢ ص٢٤٥ .

الجاهلية والاسلام ، وقد استرضع رسول الله فى بنى سعد ، وينبغى تخير المرضع فلا تكون مجنونة ولا برصاء ولا مجذومة ولا مشركة ، وتجوز اجارتها الى سنتين وعليها حفظه واطعامه وشبعه وغسل ثيابه ولا تخرج به الا باذن والده ولا تعطيه لغيرها من النساء لترضعه الا على الاضطرار ولا تطعمه قبل المدة الا اذا استغنى عن اللبن ولا تترك ارضاعه الى لبن الأنعام .

فان مات الطفل أو انتهى لبنها انتهت اجارتها ولا تستأجر الا باذن زوجها والأجرة لها اذا أرضعت أذن لها أم لم يأذن ولاتأخذ رضيعا آخر الا باذن من أبى الأول ، ولها ارضاع ولدها معه ، فان أضر ذلك بالرضيع ردته لوليه وللأم أن ترضع ولدها بأجرة وان كانت فى نكاح أبيه ولا تستحق أجرا الا بالارضاع بنفسها [١] ..

اجارة الحمام

وجازت اجارة الحمام استحسانا للعرف وان انعقدت على جهالة فى مقدار المكث فيه ومقدار ما يستعمل من مائه .

وتضمنت كذلك تملك عين هو الماء الذى يستعمله المستأجر لغسل بدنه ، ذهب الى ذلك الحنفية [٢] ، وكراهة عثمان رضى الله عنه محمولة على ما فيه من كشف العورة . والى هذا ذهب المالكية [٣] ، والشافعية [٤] ، والحنابلة [٥] .

(١) شرح النيل جـ٥ ص٧٤ ، ٧٥ .
(٢) الدر المختار جـ٥ ص٣٥ .
(٣) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٤٣ .
(٤) نهاية المحتاج جـ٥ ص٣١٧ طبعة الحلبى .
(٥) كشاف القناع جـ٢ ص٢٩٤ .

وفى المحلى لابن حزم [٦] ، واستئجار الحمام جائز ويكون البئر والساقية تبعا فى اجارته - ولا يجوز عقد اجارة مع الداخل فيه ولكن يعطى مكارمة فان لم يرض صاحب الحمام بما أعطى ألزم الداخل فيه بعد خروجه بما يساوى بقاءه فيه فقط لأن مدة بقائه قبل أن يستوفيه مجهولة ولا يجوز عقد الكراء على مجهول .

مذهب الامامية :

وذهب الشيعة الامامية الى جوازها [٧] ، وقد جاء فى شرح النيل ، ويجوز كراء الحمام جميعه ان أكراه بأجر معلوم الى مدة معلومة ولا يجوز له أن يدخل صاحبه فيه ولا غيره الا باذن المكترى ، .ويستنفع المكترى بمائه وبما فيه من المراجل والقدور وغيرها ولا ينتفع بالازار ، وقيل يستعمل كل ما يصلح لدخول الحمام ولا يتفق صاحب الحمام مع من يدخل فيه على أجرة ، ولكن يأخذ ما يعطيه اياه وقيل يجوز الاتفاق [٨] .

الاجارة ـ أركانها

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن ركنها الصيغة التى يصدرها العاقدان دالة على معناها وانشائها وهى تتكون من الايجاب والقبول ، والايجاب هو ما يصدر أولا منهما دالا على معناها من كل لفظ يدل عليه كالاجارة

(٦) جـ٨ ص٢٠٠ مسألة ١٣٢٢ .
(٧) شرائع الاسلام جـ١ ص٢٣٧ .
(٨) شرح النيل جـ٥ ص٨٤ .

والاستئجار والاكراء والاكتراء أو كتابة تدل على ذلك أو اشارة ممن يعجز عنها كذلك .

والقبول هو ما يصدر ثانيا مفيدا للرضى كقبلت ورضيت ونحوه مما أشرنا اليه آنفا .

وفى انعقادها لاضافة الايجاب الى المنافع كأجرتك سكنى دارى شهرا بكذا خلاف بين الحنفية .

ذكر فى البحر أنها لا تنعقد بذلك لأن المنافع معدومة .

جاء فى البزازية أن فى المسألة قولين [1]

وهما قولان عند الشافعية والزيدية [2] .

ويرى غير الحنفية من الفقهاء كالشافعية والمالكية والحنابلة ، أن أركانها الايجاب والقبول ، ويعبر عنهما بالصيغة والعاقدان والأجرة والمنفعة ، بينما يرى الحنفية أن ما عدا الايجاب والقبول من قبيل الشروط وفى بيان ما يشترط فى أركانها مما سبق بيانه ما عدا الأجرة والمنفعة يرجع الى مصطلح « ايجاب ، قبول ، عاقد » .

والعاقدان فيها المؤجر ، وهو مملك المنفعة ، والمستأجر وهو متملك المنفعة ، ويقال للمؤجر : آجر ، ومؤاجر ، ومكر ، ومكارى ، وللمستأجر مكترى .

---

(١) ابن عابدين جـ٥ ص٣ طبعة الحلبى .

(٢) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٧١ ، شرح الأزهار جـ٣ ص٢٥٤ .

الاجارة : شروطها

للاجارة شروط فى عاقديها وشروط فى الصيغة وشروط فى محلها وهو المنفعة وشروط فى الأجرة وهى بدل المنفعة ، وهذه الشروط منها شروط تتعلق بانعقادها ، فاذا لم يتوفر شرط منها فيها لم تنعقد وشروط تتعلق بصحتها فاذا لم يتوفر شرط منها كانت غير صحيحة .

وشروط تتعلق بنفاذها فاذا لم يتوافرشرط منها فيها كانت موقوفة لم يترتب عليها أثرها.

وشروط تتعلق بلزومها على ما ذهب اليه الجمهور من أنها عقد لازم ، فاذا لم يتوفر شرط منها فيها كانت غير لازمة عند جميع الفقهاء .

ومما يتعلق من هذه الشروط بالعاقدين أو بالصيغة شروط عامة يجب توافرها فى كل عقد ، ولذا يرجع الى بيانها فى مصطلح « شرط » ولا نعرض هنا الا ما يتعلق بشروط محلها وهو المنفعة .

وشروط بدل المنفعة وهو الأجرة ، وقد ذكرنا ستة شروط تشترط فى محلها خمسة منها تعد شروط صحة والأخير يعد شرط نفاذ ولذا كانت الاجارة عند فقده موقوفة على اجازة مالك المنفعة ان كان لها مالك كما سيأتى بيان ذلك تفصيلا .

شروط محلها : وهو المنفعة

أما المنفعة فقد بينا فيما سبق أنها محل عقد الاجارة أى المعقود عليه ، وهى عرض ليس له وجود عند انشاء العقد ، ولذا رأى

الفقهاء من الحنفية قيام الأعيان فى الاجارة مقام منافعها واعتبار وجودها وجودا لمنافعها حتى يتعلق العقد بموجود فى الخارج ، وذلك نتيجة لما يراه الحنفية من أن الأصل فى العقود أن ترد على موجود عند التعاقد ، وذلك أصل فيه اختلاف الفقهاء (انظر مصطلح : عقد « محله ») .

ويشترط فى المنفعة الشروط الآتية :

الشرط الأول

يجب لصحة الاجارة أن تكون معلومة عند التعاقد علما تنتفى به الجهالة المؤدية الى النزاع وسواء فيه أن يكون نتيجة لعرف أو نتيجة لذكرها مع أوصافها أو لذكرها مع الاشارة اليها .

فأما علمها بالعرف ففى مثل اجارة الدور والحوانيت فى الأماكن المختلفة ، ذلك لأن استعمال الدور معروف عرفا وكذلك استعمال حوانيت كل ناحية من نواحى السوق أو البلد ، ففى هذه الحال تنعقد الاجارة فيها على منفعتها المتعارفة لأن المعروف عرفا يعد فى حكم المشروط نصا فيتقيد بها المستأجر ولا يخرج عنها .

ومن ذلك اجارة الأرض لزراعتها اذا قضى العرف بزراعتها بصنف معين فلايجوز للمستأجر أن يتجاوزه الى ما يضر بالأرض أو يضر بغيره ولكن اذا نص فى العقد على أن يزرع فيها ما يشاء لم يتقيد بالعرف حينئذ لأن النص أقوى دلالة منه .

وأما معرفتها بذكرها مع أوصافها ففى مثل الاستئجار على صبغ هذا الثوب بلون كذا أو على خياطته بشكل كذا أو على نقل المتاع المعين من جهة كذا الى جهة كذا وغير ذلك من الأمثلة .

وأما معرفتها بالاشارة ففى مثل الاستئجار على حمل هذا المتاع من هذه الجهة الى هذه الجهة أو على هدم هذا البناء ونحو ذلك .

هذا ومن عناصر العلم بها بيان محلها وبيان مكانها .

بيان محل العقد

فأما بيان محلها فيكون ببيان العين التى وقعت عقد الاجارة على منفعتها كما فى استئجار هذه الدار للسكنى واستئجارهذه الأرض للزراعة ، فلو قال أجرتك احدى هاتين الدارين لم يصح العقد لأن المعقود عليه مجهول لجهالة محله جهالة مفضية الى النزاع .

مذهب الحنفية :

ولما ذكر. قال أبوحنيفة : ان اجارة المشاع غير جائزة وان كان المستأجر مبين القدر كنصف أو ثلث أو غير ذلك لأن المحل المستأجر لشيوعه فى العين المسماة مجهول .

وذهب صاحباه الى جواز اجارة المشاع لأن الشيوع فيه لا يمنع الانتفاع به لامكان انتفاع المستأجر به كانتفاع مالكه.

ولم يفرق أبو حنيفة فى الحكم بين اجارته للشريك فى العين واجارته لأجنبى للسبب نفسه وهو جهالة المحل .

وعلى هذا الأصل لو استأجر انسان طريقا من دار ليمر فيها وقتا معلوما لم يجز فى قياس أبى حنيفة لأن البقعة المستأجرة غير معلومة عن بقية الدار وعندهما يجوز .

ومما يتفرع ـ ما تقدم أنه لو استأجر علو منزل يبنى عليه لا يجوز فى قياس أبى حنيفة ، لأن البناء عليه يختلف خفة وثقلا ومن الثقل ما يضر بالسفل ولا ضابط لذلك فصار المعقود عليه مجهولا بخلاف ما اذا استأجر أرضا ليبنى عليها لأن الأرض لا تتأثر بثقل البناء ، وتجوز هذه الاجارة على قول صاحبيه لأن بناء العلو يحدده العرف حينئذ فلا يتناول العقد ما يضر السفل وعلى هذا الأساس يعرف حكم كثير من الفروق المماثلة [1] .

بيان مكان المنفعة

وأما بيان مكانها فانما يكون فيما يحتاج فيه الى هذا البيان كما فى اجارة الدواب وما يشبهها ، اذ أن عدم بيانه يفضى الى النزاع ، فاذا استأجر دابة للركوب دون بيان مكان فالاجارة فاسدة الا أن يسمى موضعا معلوما كأن يستأجرها ليركبها الى بلدة كذا ، واذا استأجر دابة ليحمل عليها متاعا وجب بيان ما يراد حمل المتاع اليه وبيان المتاع المحمول لأن ما يحمل يختلف خفة وثقلا .

مدة الاجارة

وكذلك من عناصر بيانها ، بيان مدتها ، اذا كانت المنفعة المعقود عليها قابلة للاستمرار والبقاء ، اذ أن بيانها حينئذ بذكر اسمها غير كاف للعلم بها علما لا يؤدى الى النزاع اذ أنها فى هذه الحال تكون غير معينة المقدار ، وذلك كالاستئجار للسكنى والزراعة واللبس والخدمة واستئجار الأجير الخاص ونحو ذلك ، ففى مثل هذه الأحوال يجب ذكر المدة لتكون معيارا لما وقع عليه العقد والمنفعة .

فاذا أغفل ذكر المدة فى هذه الأحوال فسد العقد .

والمدة فى هذه الأحوال يجب اتفاقا أن تكون محددة ، وهى اما أن تذكر منكرة كسنة وشهر ويوم أو محددة كسنة كذا أو شهر كذا ، فان ذكرت منكرة ابتدأت الاجارة من وقت العقد اذا لم ينص فيه على وقت لابتدائها ، ولم يكن فى العقد خيار شرط ، فان عين فى العقد وقت لبدايتها ابتدأت منه كاستئجار الدار ابتداء من الشهر الآتى ، وان كان فى عقد الاجارة خيار شرط ابتدأت من وقت سقوط الخيار ، وان ذكرت المدة محددة معينة تقيدت الاجارة بها وانتهت بانهائها ، واذا بينت المدة فى العقد على أنها مشاهرة أو مسانهة دون بيان مدة تنتهى بانتهائها الاجارة وجب بيان أجرة الشهر والسنة فتقع الاجارة حينئذ على الشهر الأول التالى للعقد ، فاذا انتهى كان لكل من العاقدين فسخها قبل مضى اليوم الأول من الشهر التالى بشرط اعلام العاقد الآخر بذلك فاذا مضى اليوم الأول دون فسخ لزمت الاجارة فيه وهكذا ، وكذلك الحكم فى المسانهة .

---

١) البدائع للكاسانى جـ٤ ص١٧٩ وما بعدها .

وهذا اذا لم يبين للاجارة مدة اجمالية تنتهى بانتهائها أما اذا بين كأجرتك دارى عشر سنين على أن يكون كل شهر بكذا فانها تصح فى كل المدة .

واذا عجل المستأجر فى مثل هذه الأحوال أجرة مدتين أو أكثر كان ذلك التعجيل بيانا لمدة بقاء الاجارة لازمة فتلزم فى المدة التى عجلت عنها الأجرة ، وعلى ذلك لا يصح استئجار عامل بدون ذكر بيان العمل الذى يطلب منه ولا بدون ذكر مدته اذا كان العمل من الأعمال التى تمتد ، كما لا يصح استئجار مسكن أو أرض بلا بيان مدة الاجارة ولا استئجار دابة للركوب دون بيان مدة الركوب أو مسافته ، وهكذا مما يتفرع على ما سبق بيانه [1] .

واذا استأجر أجيرا ليعمل له عملا فقد قالوا ان كان العرف أن يكون العمل من طلوع الشمس الى العصر فهو على ذلك وان كان الى الغروب فهو على ذلك وعلى الجملة فان بيان ما يتعلق بالمدة من بداية وانتهاء خاصا بالعمل يرجع فيه الى العرف ، واذا استأجر شخص رجلا للعمل عنده يومين فعمل فى اليوم الأول وامتنع من العمل فى اليوم الثانى أجبر عليه فان مضى اليوم الثانى لم يطلب منه أن يعمل لانتهاء الاجارة بانتهاء مدتها وله أجر مثل ما عمل [1] .

(١) البدائع جـ٤ ص١٨٣ وما بعدها ، والدر المختار وابن عابدين جـ٥ ص٦ ، ٧ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٣٥ .

(٢) الفتاوى الهندية جـ٤ ص٤١٦ .

الترديد فى المنفعة

ومما يتصل بذلك أن يتضمن العقد ترديدا بين عينين أو ترديدا بين منفعتين ، كما اذا قال أجرتك هذه الدار شهرا بكذا أو هذه الدار الأخرى شهرا بكذا أو أجرتك هذه الدابة لتركبها الى بلدة كذا بكذا أو الى بلدة كذا بكذا ، والعقد فى هذه الأحوال جائز عند أبى حنيفة وصاحبيه ، وكذلك الحكم اذا كان الترديد بين ثلاثة أمور قياسا على جواز ذلك فى البيع المشتمل على خيار التعيين لأن الاجارة معاوضة كالبيع فان ردد بين أربعة أمور فسد العقد .

وعلى هذا الحكم الترديد فى أنواع الخياطة وأنواع الصباغة ومثل ذلك فى الحكم ما اذا قال له ان خطت هذا الثوب فبدرهم وان خطت هذا الثوب الآخرفبدرهم والعمل فيهما سواء اذ أن مثل هذه الجهالة لا تؤدى الى المنازعة فالتخيير فى الواقع انما هو بين ايفاء منفعتين معلومتين فلا جهالة ولأن الأجر على أصل أصحابنا لايجب الا بالعمل ، وحين يأخذ فى أحد العملين تعين الأجر المستحق .

واذا أجره الحانوت على أنه ان جعله مكانا للحدادة فبعشرة دراهم ، وان جعله لبيع الأقمشة فبخمسة دراهم . جاز فى قول أبى حنيفة وخالفه فى ذلك صاحباه .

وجه قولهما أن الأجر عند ذلك انما يجب بالتسليم وهو يتم بالتخلية وعندهما لايدرى أى المنفعتين ستستوفى فكان البدل

مجهولا بخلاف التخيير بين أنواع الخياطة لأن الأجرة حينئذ تجب بابتداء العمل وبابتدائه يتعين أحد العملين وعند ذلك تتعين الأجرة ويصير العمل معلوما عند بدايته .

ووجه قول أبى حنيفة أن التخيير بين منفعتين معلومتين فجاز العقد دون جهالة مفضية الى النزاع لأنه بالتخلية فى الحانوت يجب أقل الأجرين ، وانما تجب الزيادة عند ابتداء العمل وتعينه عند ذلك ، وهذا الخلاف يجرى فى كل ما يجب فيه الأجر بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطل عندهما جائز عند أبى حنيفة [1] .

واذا حصل التخيير فى العامل كما اذا قال المستأجر للأجير ان خطته أنت بنفسك فأجرك كذا وان خاطه تلميذك فالأجر كذا ، فهذا والترديد بين أنواع الخياطة سواء فى الحكم [2] .

مذهب المالكية :

يشترط المالكية فى المنفعة أن تكون لها قيمة بأن تكون مملوكة على وجه خاص بحيث يمكن منعها .

كما يشترطون وجوب العلم بها على وجه لا يؤدى الى النزاع ولا الى عدم امكان التنفيذ ، فيجب لذلك بيان العين فى اجارة الأعيان اذا انعقدت الاجارة على منفعة عين معينة ولا يكفى فى ذلك وصفها بخلاف ما اذا انعقدت على منفعة فى الذمة كما اذا استأجر دابة لتوصله الى مكان كذا .

كما يجب بيان ما يحمل فى الاجارة على الحمل وبيان المدة فيما يمتد من المنافع وتكون المدة معيارا له ، وذلك على الوجه الذى سبق بيانه فى مذهب الحنفية .

وقد أجاز المالكية الكراء لمدة معينة كسنة وشهر بدون ذكر مبدأ لها وعندئذ يكون المبدأ وقت العقد سواء أكان الكراء مشاهرة أو وجيبة (مدة محددة) كسنتين واذا كان الكراء مشاهرة دون ذكر مدة تنتهى عندها الاجارة كأن استأجر دارا للسكنى كل شهر بكذا صح العقد ، وكان لكل من العاقدين فسخه فى أى وقت شاء سواء أكان ذلك فى الشهر الأول أو فيما بعده .

وللمكترى أن يخرج متى شاء ويلزمه من الأجرة بقدر ما سكن وهذا أحد أقوال ثلاثة عند المالكية .

ثانيها لزوم العقد فى الشهر الأول فقط ، ولكل من العاقدين الفسخ فيما بعده .

وثالثها : لزوم العقد فى أى شهر سكن فى بعضه ، فلا يكون لأحدهما أن يفسخها بالنسبة لهذا الشهر ، ولزم المكترى جميع أجرة هذا الشهر وان لم يشغل المسكن فى باقيه ، وهذا اذا لم يعجل المكترى أجرة شهر أو أكثر فان عجل لزمت الاجارة فيما نقد من أجرته ، فلو عجل أجرة عشرة أشهر لزمت فيها واذا شرط عدم لزوم العقد مع التعجيل ببعض الأجرة فسد لما يلزم عليه من كراء بخيار مع نقد الأجرة وهذا غير جائز .

(١) البدائع جـ٤ ص١٨٥ ، ١٨٦ .
(٢) البدائع جـ٤ ص١٨٧ .

أما اذا كان العقد وجيبة على مدة معينة كسنة أو سنتين أو كان على مدة نص فى العقد على نهايتها كأجرتك منزلى الى أول سنة كذا فان العقد فى هذه الحال يكون لازما حدث تعجيل فى الأجرة أم لم يحدث ما لم يشترط أحدهما من الفسخ بنفسه ولم يكن نقد الأجرة [١] .

مذهب الشافعية :

ولا يختلف الشافعية عن الحنفية فيما ذهبوا اليه من وجوب العلم بالمنفعة محل العقد على ما مضى بيانه ، غير أنهم لا يجوزون الاجارة بالمشاهرة الا أن تكون لمدة كأجرتك هذه الدار لمدة سنتين كل شهر بكذا أو أجرتكها شهرا بكذا وما زاد فبحسابه [٢] .

وتبدأ المدة من وقت العقد ولا يرى الشافعية صحة العقد اذا ما تضمن تخييرا بين منفعتين بأجرتين قياسا على البيع اذ لا يرون فيه قبوله لخيار التعيين .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة كذلك وجوب العلم بالمنفعة علما لا يؤدى الى النزاع والعلم بها يكون اما بالعرف أو بذكرها مع وصفها أو نحو ذلك ولا يجوز تجاوز ما يقضى به العرف فيها ، ويكفى العرف لتعيين المنفعة التى وقع عليها العقد عند عدم النص عليها اذا ما وجد عرف يبينها كاستئجار دار فى حى سكنى سنة دون ذكر ما يقصد من استئجارها فى صلب العقد .

ويرون فساد العقد اذا ما تضمن التخيير بين منفعتين بأجرين فى عقد واحد كاستئجاره خياطا بعشرة دراهم لخياطة هذا الثوب ان خاطه على وصف معين وبخمسة ان خاطه على وصف آخر واجارته الأرض سنة بعشرين جنيها ان زرعها قطنا وبخمسة عشر ان زرعها قمحا ونحو ذلك لجهالة الأجرة الواجبة عند العقد [٣] .

ويجب عند الحنابلة فى الاجارة لمدة أن تكون معينة كشهر كذا أو معينة البداية كشهر ابتداء من يوم كذا ، فلو استأجره دارا شهرا بلا تعيين لم يصح العقد ، واذا وقعت على شهر معين على أن ما زاد عليه فبحسابه صح العقد عن الشهر الأول فقط للعلم به دون ما بعده واذا وقعت مشاهرة صح العقد عن الشهر الأول وكلما دخل شهر لزم المستأجر الأجرة ان لم يفسخ العقد أحدهما فى أوله لأن دخوله لشهر بمنزلة ابتداء عقد جديد عليه بسبب شروعه فى الانتفاع فيه مع تحقق الرضا من الجانبين والاتفاق على الأجرة ، ولكل من العاقدين الفسخ عقب كل شهر ينقضى على الفور فى أول الشهر التالى [٤] .

مذهب الظاهرية :

يرى ابن حزم فى المحلى وجوب بيان المنفعة التى ورد عقد الاجارة عليها بيانا يمكن من التنفيذ دون منازعة ، واذا كانت مما يمتد فلابد من ذكر مدتها لتكون معيارا لها كالسكنى فى الدور والركوب فى الدواب

(١) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٢٢ ، ٣٩ ، ٤٠، ٤٤ طبعة الحلبى .

(٢) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٧٧ ، ٢٧٨ ، جـ٦ ص٢٦ وما بعدها .

(٣) كشاف القناع جـ٢ ص٢٨٣ ، ٢٨٩ .

(٤) كشاف القناع جـ٢ ص٢٨٩ ، ٢٩٠ .

ونحو ذلك ، لأن الاجارة على خلاف ذلك أكل للمال بالباطل [1] .

مذهب الزيدية :

ويرى الزيدية أن الاجارة لا تصح الا فى منفعة معلومة علما لا يؤدى الى النزاع فلا تصح فى أجرتك احدى دوابى لركوبها الا بخيار لأحدهما مدة معلومة ، وذلك هو خيار التعيين ، ويجب ذكر المدة فى كل ما يقبل الامتداد من المنافع كالسكنى والزراعة ونحوهما ، وتبتدىء المدة من وقت العقد اذا لم تعين بدايتها فيه كأجرتك الدار سنة ، ويجب تعيين المنفعة اذا ما تعددت منافع العين المستأجرة واختلفت اضرارها وآثارها مثل أن يستأجر ما يصلح أن يكون سكنا ومحلا للتجارة أو عاملا يعمل أعمالا مختلفة أو أرضا تصلح لزراعة كثير من النبات المختلف ، أما اذا كانت العين لا تصلح الا لمنفعةواحدة ، أو كانت منافعها المتعددة مستوية الضرر والأثر لم يجب التعيين .

وكذلك اذا قضى العرف بتعيين احداهما ومن استأجر عينا لمنفعة معينة فله أن يستعملها فى غير تلك المنفعة اذا كانت مضرتها مماثلة أو أقل ما لم يشترط عليه ألا يستعملها فى غيرها [2] .

واذا عقدت الاجارة على مدة ولم يذكر فيه وقت ابتدائها كسنة مثلا صح العقد وابتدأت من وقت العقد ومدة الاجارة لا حد لأكثرها ، أما أقلها فهو ماله أجرة عادة أما ما لا أجرة له فلا تصح الاجارة معه ، كأن يستأجر دارا لحظة واذا أجر الدار كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا فالاجارة فاسدة لجهالة مدة الاجارة .

مذهب الامامية :

يشترط الشيعة الامامية لصحة الاجارة أن تكون المنفعة معلومة اما بتحديد العمل وتقديره كخياطة هذا الثوب واما بالمدة مع ذكرها كالسكنى فى الدار ، وقيل ما يؤدى الى العلم بها علما يمنع المنازعة كالعرف ، كبيان المحمول فى الاجارة على الحمل مع ذكر المدة أو المكان .

ولو جمع بين المدة والعمل كأن يقول المؤجر للأجير ان عملت هذا العمل اليوم فلك درهمان وان عملته فى غد فلك درهم كان الأظهر جواز الاجارة ، ويستحق الأجير الأجرة بنفس العمل سواء أكان ذلك فى ملكه أو فى ملك المستأجر .

ولا يتوقف تسليم الأجرة على تسليم العمل ، ولا تسليم العمل على تسليم الأجرة ، ولو جمع بين العمل والمدة ، كأن يستأجره على أن يخيط هذا الثوب اليوم قيل يبطل لأن استيفاء العمل فى المدة قد لا يتفق فيه تردد .

واذا لزمت المدة فى العقد قيل يجب اتصالها بالعقد حتى لو أطلق أو أضاف بطلت ، وقيل عند الاطلاق تبدأ المدة من وقت العقد واذا عين شهرا متأخرا من العقد بطلت فى قول ، وفى قول تجوز ، وهذا ما جاء فى كتاب تحرير الأحكام اذ جاء فيه ما نصه : ولا يشترط فى مدة الاجارةاتصالها

(١) جـ٨ ص١٨٣ مسألة ١٢٨٨ .
(٢) شرح الأزهار جـ٣ ص٢٥٥ وما بعدها .

بالعقد فلو آجره المحرم وهما فى رجب صح حتى لو أجر لاثنين فى زمنين متواليين صحت الاجارة .

ويجب تعيين ماسيحمل على الدابة اما بالمشاهدة أو بالوصف واذا تعين ليس له حمل غيره ما لم يشترط ، وفى استئجار العين لابد من تعيينها وفى استئجارها للركوب يجب تعيين الوقت والمسافة وفى استئجار الصانع لابد من تعيينه لاختلاف الصناع فى الصناعة والدقة [١] .

ولاتجوز مع التخيير بين عينين كدارين واذا تضمنت المنفعة مدة وجبت أن تكون مضبوطة لا تحتمل الزيادة ولا النقص كسنة وشهر ويوم ، ولو استأجر الدار كل شهر بكذا ولم يعين الأشهر قال الشيخ يصح ويكون له المسمى فى شهر واحد وأجرة المثل فى الزائد عليه والوجه البطلان فى الجميع ويكون له أجر المثل عند الاستيفاء ، واذا كانت الاجارة فى الذمة مثل أن يستأجر دابة للركوب جاز أن تكون معجلة أو مؤخرة ، واذا ذكرت المدة بالأشهر ففى حسابها يتبع ما بين فى مذهب الحنفية [٢] .

مذهب الاباضية :

يرى الاباضية وجوب العلم بالمنفعة لصحة الاجارة [٣] ، فهذا شرط لا خلاف فيه بين الفقهاء ، وقد قدمنا فى بيان المذاهب السابقة طريق العلم بها وبأى درجة يكون كما قدمنا كذلك ضرورة ذكر مدة محددة لما يمتد من المنافع لتكون المدة معيارا لها وليس فى ذلك خلاف بين المذاهب فيجب عند الأباضية .

ويجب فى التعريف بالمنفعة ذكر المدة فيما يحتاج فيه الى المدة وهو ما تعد المدة معيارا له كالمنافع الممتدة من الخدمة والسكنى ونحو ذلك ، أما فيما لا يمتد من الأعمال فلا يلزم فيه ذكر مدة الا بقصد التعجيل ، ولابد أن تكون المدة محددة كيوم أو شهر أو سنة بشرط ألا تكون مما لا يحتمل الاستيفاء فيها كألف سنة فى استئجار أجير أو مدة لا يبلغها عمر الانسان عادة أو يبلغها ولكن العادة تقضى بعدم امكان استمرار العامل فى العمل المستأجر عليه طيلة تلك المدة كما ذكروا أنه لا يجوز الاستئجار على مدة مجهولة كاستئجاره أياما ، ولا التخيير بين مدد أو مختلفة بأجرة هى كذا ، ولا التخيير بين أماكن متفرقة متباعدة للعمل فيها كالاستئجار على أن يخدم سنة اما فى الاسكندرية أو القاهرة فى مدة هى كذا بأجرة هى كذا .

كما لا يجوز تقييد العمل بزمن معين كأن يستأجر حائكا على خياطة هذا الثوب اليوم لأن خياطته قد لا تتم فى اليوم .

وحاصل ما جاء فى الديوان أن الاجارة تجوز بثلاثة أوجه بأجرة معلومة بصنف معلوم الى أجل معلوم مما تجوز فيه

(١) شرائع الاسلام ص٢٢٣ ، وما بعدها جـ٢ ص٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ .
(٢) تحرير الاحكام . باب الاجارة .
(٣) شرح النيل جـ٥ ص٤٦ .

الاجارة ، وكل ما كان حاضرا فاستؤجر من يعمله فلا يحتاج فيه الى ذكر الأجل مثل أن يستأجره على أن يبذر له هذا البذر أو يحصد له هذا الزرع أو يكيل له هذا الشعير أو يطحنه أو يقطع له هذا الثمر أو غير ذلك مما قد يحتاج فى انجازه الى أيام ولكن لا يعد الزمن معيارا له لتعينه بالمشاهدة أما ما لا يستغنى فيه عن ذكر الأجل لأنه المعيار المعرف له فلابد فيه من ذكر الأجل كرعاية الحيوان وحراسته وسكنى المنازل والارضاع والخدمة ونحو ذلك ، وهذا بخلاف ما ينقل أو يحمل فلا يحتاج فيه الى ذكر الأجل ، وانما يشترط بيان مكان ابلاغه .

ولا يجوز عند ذكر الأجل أن يكون مجهولا لأن الجهالة فيه جهالة لما جعل معيارا له ، وذلك مفسد للاجارة .

وان عقدوا الاجارة الى أجل معلوم والعمل فى هذا الوقت أو على أن يكون العمل والأجر الى أجل معلوم أو عقدوا على أن ينقدوا الأجر ويكون العمل الى أجل معلوم فذلك جائز على ما اتفقوا عليه [١] .

والرأى فى حساب الأشهر وتقديرها فى المذاهب يرجع فيه الى مصطلح « أجل » .

ويحتسب يوم العمل بالشروع فيه عند طلوع شمسه على الأقل ، فاذا شرع فى العمل بعد طلوع الشمس لم يحتسب له ، ويحتسب له ابتداء من الغد ، ويجوز عندهم التأجير سنة غير معينة البداية فيجب العمل حينئذ شاغلا للذمة ، وعند ذلك يجب الشروع فيه عند طلب المؤجر اياه كالدين الثابت فى الذمة حالا يجب أداؤه عند طلبه من الدائن ، واذا أدى الأجير العمل بلا طلب أجزأه ذلك ، وجاز العقد على سنة كل شهر منها بكذا فيستحق الأجير من المؤجر بحساب ما عمل فى الشهر وقيل لا يستحق أجرا على المؤجر الا اذا عمل الشهر كله ولكل من العاقدين فى هذه الحال خيار الفسخ متى شاء ، وقيل ليس للأجير حق الفسخ اذا شرع فى العمل الا عند تمام الشهر ، ولا يقبل الفسخ منه فى أثنائه كما لا يقبل أيضا من المؤجر فى هذه الحال واذا تضمن العقد بداية المدة ألزم الأجير بالعمل من حينه فاذا لم يبدأ حين العقد صح العقد ويجبر ما فات من العمل اما بعمل فى وقت آخر بعد المدة واما بنقص الأجرة [٢] .

الشرط الثانى

أن يكون استيفاؤها مقدورا ، وهو شرط لصحة الاجارة .

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن تكون المنفعة ممكنة التحقق مقدورا استيفاؤها حقيقة ودون حرج شرعى ، ذلك لأن العقد لا يكون وسيلة الى نيل المعقود عليه بدون ذلك ، ورتبوا على ذلك عدم جواز استئجار الآبق لعدم القدرة على استيفاء المنفعة المطلوبة منه وعدم جواز اجارة المغصوب لغير غاصبه وعدم جواز اجارة المشغول بمال المؤجر اذا كان ذلك

---

(١) شرح النيل جـ٥ ص٤٩ ، ٥٠ .

(٢) راجع شرح النيل جـ٥ ص٤٩ وما بعدها الى ص٥٤ .

يحول بين المستأجر وبين كمال انتفاعه به ، ومما خرج على هذا الشرط أيضا عدم جواز استئجار الفحل للضراب والكلب للاصطياد لأن المنفعة المطلوبة منهما غير مقدورة التسليم والاستيفاء ، اذ لا يمكن اجبار الفحل على الضراب ولا اجبار الكلب على الصيد .

ومما خرج على ذلك أيضا عدم جواز الاستئجار على تعليم القرآن والصناعات ، اذ أن الأجير لا يستطيع تسليم العمل بنفسه فان تعليم التلميذ يتوقف على قبوله اياه وذلك غير مقدور للمعلم ومثله عدم جواز الاستئجار على المحظور شرعا لأن المعصية غير مقدورة الاستيفاء شرعا لحظرها كاستئجار النائحة للنوح واستئجار انسان للقتل والضرب والسب وما الى ذلك مما يحرم فعله واجارة مكان ليتخذ كنيسة أو حانوتا لبيع الخمور ، وكذلك الاستئجار على حمل الخمر لشاربها أو بائعها لا لمن يريقها .

وكذلك لا يجوز استئجار الشخص أباه ليستخدمه ولو كان أبوه ذميا أو رقيقا لما فى ذلك من الاستخفاف به وكل ذلك محظور [1] .

مذهب المالكية :

يرى المالكية رأى الحنفية فى أنه يشترط فى المنفعة القدرة على تسليمها حسا وشرعا وفرعوا على ذلك عدم جواز استئجار آبق أو بعير شارد أو عين غير مملوكة لمؤجرها هى ولا منفعتها ، أو عين بعيدة بحيث لا يتيسر الوصول اليها للانتفاع بها ، كما فرعوا على ذلك عدم جواز استئجار الأخرس للتدريس والأعمى للكتابة والأشل لعمل يعمل باليد اذا كان مشروطا عليه أن يعمل بنفسه [2] .

مذهب الشافعية :

واشترط الشافعية أن يكون المؤجر قادرا على تسليم المنفعة بتسليم محلها حسا وشرعا ليتمكن المستأجر من استيفائها والقدرة على ذلك تشمل ملك الأصل أو ملك المنفعة فكان للمستأجر أن يؤجر ما استأجر والمقطع له أن يؤجر ما أقطعه اياه الامام خلافا لمن ذهب الى أن المقطع له لا يملك المنفعة وانما أبيحت له وهذا ما لم يؤذن بأن يؤجر والا كان له أن يؤجر اتفاقا للقدرة على التسليم .

ومما فرعوه على ذلك عدم جواز استئجار آبق أو مغصوب لغير غاصبة اذا لم يكن المؤجر قادرا على انتزاعه منه قبل التسليم وعدم جواز استئجار أعمى لحفظ أمتعة يحتاج حفظها الى النظر وعدم جواز استئجار أرض لزراعتها ولا ماء لها، أو كانت سبخة لا تنبت بخلاف ما لو كانت صالحة وكان لها ماء ولو بالمطر المعتاد .

وذهبوا كما أشرنا، الى أن امتناع التسليم شرعا فى الحكم كامتناعه حسا ، وفرعوا على ذلك عدم جواز الاستئجار على فعل محظور كقتل وضرب واستئجار حائض لخدمة

(١) البدائع جـ٤ ص١٨٧ ، وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير جـ٤ ص١٩ .

مسـجد وتعليم قرآن اجارة عين بخـلاف اجارة الذمة كالاستئجار على تعليم القرآن مطلقا ، ومثله استئجار زوجة حرة لرضاع أو غيره بغير اذن زوجهـا على الأصـح لاسـتغراق أوقاتها بحقـه ما لم يكن هو المستأجر لها ، وقيل يجوز لأن محل العقد غير محل النكاح ، اذ لا حق له فى لبنهـا وخدمتها وان كان يجوز له فسخ الاجارة حفظا لحقه [1] .

مذهب الحنابلة :

والى هذا الشرط ذهب الحنابلة بناء على أنها بيع للمنافع فى واقع الأمر وان كان لمدة فاشبهت بيع الأعيان فى وجوب القدرة على التسليم وبنوا على ذلك ما بناه غيرهم عليه من عدم جواز اجارة الآبق والجمل الشارد والمغصوب ممن لا يقدر على أخذه من يد غاصبة [2] .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى لابن حزم الظاهرى جواز الاجارة على تعليم القرآن والعلم مشاهرة وجملة ، وممـا خرج على هـذا الشرط استئجار عين لا منفعة لها كاستئجار أرض لا ماء لها مطلقا أو أرض سـبخة للزراعة ونحو ذلك كما فرع على هذا الشرط حكم اجارة المشاع وذلك نظرا الى عدم القـدرة على تسليمه لشيوعه واستلزام ذلك عـدم قدرة المستأجر على استيفاء حقـه لعـدم تحديد محله ، وسيأتى بيان حكم اجـارة المشاع [3] .

مذهب الزيدية :

وكذلك ذهب الزيدية الى هذا الاشتراط وفرعوا على ذلك عدم جـواز اسـتئجار أجير لنزح البحر وحائض لكنس المسجد ، وكذلك الاستئجار على المعاصى كالاستئجار على السحر والنوح ، وكذلك الاستئجـار على حجتين فى سنة واحدة .

وذهب الناصر والمؤيد بالله الى صـحة التأجيـر على التعليـم وكذلك لا يصـح استئجار الفحل للضراب لأن المؤجر لا يقدر على تسـليم محـل العقد لأنه من فعـل الحيوان [4] .

مذهب الامامية :

ويرى الشيعة الامامية أنه يشـترط فى المنفعة أن يكون استيفاؤها مقدورا فلو أجر عبدا آبقا لعمل لم تجز له الاجارة [5] .

اجارة المشاع

رأى الحنفية ، والشافعية ، والزيدية ، والشيعة الامامية ، وابن حزم ، والاباضية :

يرى أبو حنيفـة رحمه الله أن اجـارة الحصة الشائعة لغير الشريك لا تجوز وان كانت معلومة القدر كنصف وثلث ، وذهب الى هذا الرأى الأباضية وعللوا ذلك بانتفاء الانتفاع بها وحدها مع الشيوع ، لأن كل جزء من أجزائها مشترك ولم يفصل صاحب شرح النيل بين أن يكون الكراء للشريك أو لأجنبى كما هو مذهب أبى حنيفة والعلة

(١) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٦٨ وما بعدها طبعـة الحلبى ، ٢٨٩ من النهاية .
(٢) كشاف القناع جـ٢ ص١٩٤ .
(٣) المحلى جـ٨ ص١٩٤ وما بعدها .
(٤) شرح الأزهار جـ٣ ص٢٥٠ .
(٥) تحـرير الأحـكام جـ١ ص٢٤٨ وشرائع الاسـلام جـ٢ ص٢٣٦ .

المذكورة تقتضى جواز تأجيرها للشريك لامكان الانتفاع بها حينئذ متى لم يكن هناك شريك آخر [١] .

وجوز صاحباه تأجير الحصة الشائعة فى جميع الأحوال من غير تفصيل وهو مذهب الشافعية [٢] ، والزيدية [٣] ، والشيعة الامامية [٤] واليه ذهب ابن حزم فى المحلى [٥] .

ذلك لأن الاجارة ضرب من المعاوضة كالبيع ، واذا جاز بيع المشاع جاز تأجيره والمشاع الانتفاع به مقدور بالمهايأة ، وكما جازت اجارته للشريك اتفاقا تجوز اجارته لغيره ، واذا كان الشيوع الطارىء لا يفسد الاجارة فكذلك المقارن ، اذ الواقع أن الطارىء فيها مقارن أيضا لتجدد الاجارة آنافآنا .

ووجه قول أبى حنيفة أن المعقود عليه مجهول لجهالة محله اذ الشائع اسم لجزء من الكل غير محدد كالثلث ، وهو غير معين ، فأشبه اجارة عامل من عاملين ، ثم أن منفعة الشائع غير مقدورة التسليم والاستيفاء اذ لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وانما يتم تسليمه بتسليم باقى العين معه وذلك غير معقود عليه والانتفاع به بطريق التهايؤ ليس هو الانتفاع الذى يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالحصة فى كل المدة اذ أن التهايؤ انتفاع بالكل فى بعض المدة وهذا غير مقتضى العقد ان كانت المهايأة زمنية ، أما اذا كانت مكانية فان الانتفاع فيها يكون ببعض المستأجر وبغيره .

وفى الاجارة للشريك روايتان عن أبى حنيفة ، كما أن الشيوع الطارىء فيه روايتان عنه كذلك ، فى رواية يفسد الاجارة كالشيوع المقارن وفى رواية لا يفسد وهى المشهورة لأن ما يشترط لابتداء العقد ليس بلازم أن يشترط لبقائه .

وسواء عند أبى حنيفة أن تكون العين كلها لرجل فأجر نصفها لآخر أو كانت لاثنين فأجر أحدهما حصته فيها ، وهذا ما ذكره الكرخى فى جامعه نصا عن أبى حنيفة وذكر أبو طاهر الدياس أن أبا حنيفة انما يرى عدم جواز اجارة المشاع فيما اذا أجر المالك بعض ما يملك ، أما اذا أجر كل ما يملك فالعقد جائز بلا خلاف ، والصحيح ما ذكره الكرخى .

وسواء فى هذا الحكم عنده أيضا أن تكون العين المشتركة مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتملها غير أن المالك اذا أجر مشاعا ثم سلم بعد الافراز والقسمة صح العقد .

ويجوز عند أبى حنيفة اجارة مالكين لواحد ، لأن المنافع تدخل فى يده جملة واحدة من غير شيوع ثم يستوفيها من غير مهايأة ، واذا مات أحد المؤجرين فانقضت الاجارة بموته لم تفسد لطروء الشيوع عليها .

---

(١) شرح النيل جـ٥ ص٥٥ .
(٢) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٧٦ .
(٣) شرح الازهار جـ٣ ص٢٤٩ .
(٤) تحرير الاحكام جـ٢ ص٢٤٣ .
(٥) جـ٨ ص٢٠٠ مسألة ١٣٢٤ .

وكذلك يجوز عنده أن يؤجر واحد العين لاثنين بعقد واحد لأن المنافع تخرج من يده جملة واحدة ثم يثبت الشيوع نتيجة لاختلاف المستأجرين وذلك ما يزول بالتهايؤ [١] .

ومما خرج على عدم جواز الاجارة فى الشائع عند أبى حنيفة ما اذا استأجر شخص آخر على العمل فى شىء هو فيه شريك، كما اذا كان لاثنين متاع أو طعام مشترك غير مقسوم فاستأجر أحدهما صاحبه على أن يحمل نصيبه الى مكان معلوم فحمل الطعام أو المتاع كله الى ذلك المكان ، فعلى رأى أبى حنيفة لاتجوز هذه الاجارة ولايستحق أجرا على هذا الحمل ، لأن المنفعة فى هذه الحال غير مقدورة الاستيفاء لتعذر تسليم الشائع بنفسه ومحل الاجارة شائع فلم تكن المنفعة فيه مقدورة التسليم ، وانما لم يجب أجر المثل لأن وجوب أجر المثل يقف على استيفاء المعقود عليه ولم يوجد بخلاف ما اذا استأجر رجل بيتا ليضع فيه طعاما مشتركا بينه وبين صاحب البيت أو سفينة لينقل بها متاعا مشتركا بينه وبين صاحب السفينة فوضع المتاع فى البيت أو نقله بالسفينة فان الاجارة هنا جائزة لأن التسليم فيها يتحقق بتسليم البيت أو السفينة ولو لم يتم وضع المتاع أو نقله .

أما فى مسألة الحمل فان التسليم الموجب للأجر لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والمشاع غير مقدور الحمل بنفسه .

وعبارة البدائع صريحة فى أن هذا الحكم محل اتفاق بين أبى حنيفة وصاحبيه اذ يقول ان هذه الاجارة غير جائزة عند أصحابنا .

ثم ذكر أن الأصل فى ذلك أن كل موضع لا يستحق فيه الأجر الا بالعمل لا تجوز فيه الاجارة على العمل فى الحمل مشتركا وما يستحق فيه الأجر من غير عمل تجوز الاجارة فيه لوضع العين المشتركة فى المكان المستأجر .

وفقه هذا الأصل ما ذكرناه من أن ما لا يجب فيه الأجر الا بالعمل لابد فيه من امكان ايفاء العمل ولا تمكين فى العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم فلا يكون مقدور الاستيفاء فلم تجز الاجارة وما لا يقف وجوب الأجر فيه على العمل يكون المعقود عليه مقدور التسليم والاستيفاء بدونه فتجوز فيه الاجارة ، وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجل آخر على أن يحمل له طعاما بعينه الى مكان مخصوص بمقدار معين منه فانه لا يصح وهى المسألة المعروفة بقفيز الطحان المصورة فى الاجارة على طحن مقدار من البر بقفيز منه .

ذلك لأن الاجارة لو صحت لفسدت من حيث صحت اذ الأجير فى هذه الحال يصير شريكا بأول جزء من العمل بقدر أجره فيكون عمله بعد ذلك عملا فيما هو شريك فيه ، وذلك لا يجوز لما تقدم ولكن فى هذه الحال يكون للأجير أجر مثله لأن المؤجر قد استوفى المنفعة بعقد فاسد فيجب عليه أجر المثل لا يتجاوز به قيمة الأجر المتفق عليه لأن الواجب فى الاجارة الفاسدة

---

(١) البدائع جـ٤ ص١٨٠ ، ١٨٧ ، ١٨٨ .

الأقل من الأجرين أجر المثل والأجر المتفق عليه [١] .

مذهب المالكية :

أجاز المالكية اجارة المشاع فى كل ما لا تختلف أجزاؤه فى الانتفاع به جودة ورداءة فان اختلفت بأن كان الانتفاع بجانب منه خيرا من الانتفاع بجانب آخر جازت ان عينت الجهة التى تقع فيها الحصة المشاعة المستأجرة ، وذلك منعا للنزاع [٢] .

مذهب الحنابلة :

لا تصح اجارة حصة شائعة فى عين مشتركة بين اثنين لغير أحد الشريكين فيها لأنها اذا أجرت لغيره لم يملك مؤجرها أن يسلمها الا بتسليم نصيب صاحبه فى العين ولا ولاية له عليه أما اذا كانت العين كلها لمالك واحد فانه يجوز له أن يؤجر حصة شائعة منها لآخر لقدرته على التسليم اذ العين كلها له فيستطيع أن يسلمها الى المستأجر فان أجر باقيها فى هذه الحال لآخر ففى صحة العقد حينئذ وجهان ، واذا أجرها لاثنين أو لأكثر لم يصح ، واذا أجرها مالكاها لواحد بعقد واحد صح لعدم المانع .

وكذلك ان أجرها أحدهما لصاحبه أو لآخر باذن صاحبه ، واذا كان لجماعة فأجر أحدهما حصته لواحد منهم بغير اذن الباقين لم يصح العقد ، وفى رواية عن الامام أن اجارة الشائع جائزة فى جميع أحواله وعليه العمل [٣] .

(١) المرجع السابق جـ٤ ص١٨٠ ، ١٨٧ ، ١٨٨ .
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ٤ ص٤٦
(٣) كشاف القناع جـ٢ ص٢٩٤ .

الشرط الثالث

أن تكون المنفعة مقصودة وهذا شرط صحة ، فقد جاء فى البدائع [٤] : ويجب أن تكون المنفعة مقصودة اذ يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة ، ويجرى التعامل بها بين الناس فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها ولا للاستظلال بها لأن هذه المنفعة غير مقصودة من الشجر عادة وقال أبو يوسف : اذا استأجر ثيابا ليبسطها فى بيته ليزينه بها ولا يجلس عليها فالاجارة فاسدة لأن بسط الثياب ليس منفعة مقصودة عادة .

وفى كشاف القناع [٥] : ويشترط فى الاجارة أن تكون المنفعة فيها مباحة لغير ضرورة مقصودة عادة ، فلا تصح اجارة نقد أو شمع أو ثياب ليحلى به الدكان ، ولا اجارة طعام ليجعل على المائدة تجميلا لها ثم يرد . لأن هذه منافع غير مقصودة

وفى نهاية المحتاج [٦] يشترط أن تكون المنفعة مقصودة فلا تصح اجارة تفاحة لشمها ، والى ذلك ذهب الشيعة الجعفرية [٧] والمالكية [٨] فلم يجوزوا استئجار البساتين ونحوها للفرجة والشم .

ولكن جاء فى كشاف القناع أيضا أنه يصح استئجار النقد ليتحلى به أو ليوزن به فخالفوا غيرهم فى اعتبار هذه المنفعة غير مقصودة ، ويصح استئجار الشجر

(٤) جـ٤ ص٢٩٢ .
(٥) جـ٢ ص٢٩١ .
(٦) جـ٥ ص٢٦٧ .
(٧) تحرير الاحكام جـ١ ص٢٤٥ .
(٨) الشرح الكبير جـ٤ ص١٩ .

لتبسط عليه الثياب وتجفف أو للاستظلال بظله ، واستئجار الطيب لشمه ، وخالفوا غيرهم فى أن هذه المنفعة غير مقصودة أيضا أو لا قيمة لها [١] .

كما أجازوا استئجار الكتب للقراءة والنظر لا المصحف فى حين أن غيرهم لم يجوز ذلك لأن المنفعة فى هذه الاجارة ليست لها قيمة ، كما جاء فى تحرير الأحكام للشيعة الجعفرية [٢] .

ويجوز اجارة الحلى والثياب للزينة والتجمل ، والأقرب جواز اجارة الدراهم والدنانير للنظر والتحلى مدة معلومة ، كما يجوز استئجار الحبال والشجر لتجفيف الثياب أو لبسطها عليها حتى يستظل بظلها سواء أكانت ثابتة أم مقطوعة ، واستئجار الفحل للضراب مع الكراهة بشرط التقييد بالمرة أو بالمرات ، واستئجار الطيب والند للشم للصحيح والمريض ، وأساس ذلك اختلاف المذاهب فى عد هذه المنافع مقصودة أم غير مقصودة ، ويظهر أن ذلك مرجعه الى اختلاف الأعراف :

الشرط الرابع

ألا تكون المنفعة مطلوبة من الأجير فعلها قبل الاجارة وهذا شرط صحة وفى هذا الشرط ذهب الحنفية الى عدم جواز الاجارة على ما هو فرض أو واجب على الأجير قبل الاجارة فان كان فرضا أوواجبا عليه قبل الاجارة لم تصح وفسدت لأن من أتى بعمل مستحق عليه قبل طلبه منه بالأجر لا يستحق عليه أجرا ، وبناء على هذا لا تجوز الاجارة على الصوم والصلاة والحج لأن ذلك من فروض الأعيان ولا على تعليم العلم لأنه فرض عين ولا على تعليم القرآن لأن ذلك استئجار على عمل مفروض كالصوم والصلاة ، ولأن تعليم القرآن من ناحية أخرى غير مقدور الاستيفاء فى حق الأجير لتعلقه بالمتعلم وتوقفه عليه فكان استئجارا على ما لا يستطيعه .

وقد روى أن أبى بن كعب أقرأ رجلا فأعطاه قوسا فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام : أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار ، قال لا ، فقال عليه السلام رده .

ولا تصح الاجارة على الجهاد لأنه فرض عين عند عموم النفير ، ولا على الأذان والاقامة والامامة .

فقد روى عن عثمان بن أبى العاص الثقفى أنه قال : آخر ما عهد به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أصلى بالقوم صلاة أضعفهم ، وأن أتخذ مؤذنا لا يأخذ أجرا على الأذان .

ولكن يجوز الاستئجار على تعليم اللغة والأدب لأن ذلك ليس بفرض ولا واجب ، وكذلك يجوز على بناء المساجد والربط والقناطر لذلك ، ولا يجوز الاستئجار على غسل الموتى لأنه واجب ، أما على حملهم الى القبر فقد ذكر فى بعض الفتاوى أنه جائز على الاطلاق ، وفى بعضها أنه جائز ان وجد من يقوم بالحمل غير الأجير والا

---

(١) جـ٢ ص٢٩٢ .
(٢) جـ١ ص٢٣١ ، ٢٣٢ .

لا ، ويخرج على هذا أنه لا يجوز أن يستأجر الرجل ابنه لخدمته لأن خدمة الأب واجبة على الابن ، ولا استئجار الزوج زوجته لخدمة منزل الزوجية لأنها واجبة عليها لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الأعمال بين على وفاطمة ، فكان عليها العمل فى البيت ، ولأنه من ناحية أخرى عمل ينتفع به الأجير فلا يستحق عليه أجرا ، ولا يجوز استئجار الرجل زوجته على ارضاع ولده منها بخلاف ارضاع ولده من غيرها ، ولكن يجوز استئجارها لارضاعه اذا كانت الأجرة من مال الولد ليساره لأنها من نفقته ونفقة الولد فى ماله اذا كان له مال ، ومن ثم جاز أن تستأجر المرأة زوجها للخدمة فى البيت أو لرعى غنمها لأن ذلك غير واجب عليه [1] .

ومفاد ما تقدم من الفروع وتوجيهها جواز الاستئجار على ما هو مندوب أو فرض كفاية عند انشاء عقد الاجارة لأن المنفعة التى وقع عليها العقد حينئذ غير متعينة على الأجير لأنه انما يستحق الأجر بعمل يلزمه بعقد الاجارة لا بغيره .

مذهب المالكية :

وذهب المالكية الى أنه لا تجوز الاجارة على ما هو مطلوب من الأجير بعينه قبل العقد ولو لم يكن فرضا كركعتى الفجر ، بخلاف ما هو مطلوب منه على وجه الكفاية كغسل الميت أو حمله فيصح الاستئجار عليه ما لم يتعين ذلك على الأجير بخلاف صلاة الجنازة فلا يجوز الاستئجار عليها مطلقا .

ومقتضى ذلك أن المندوب من الصلاة والصوم لا يجوز الاستئجار عليه كما صرح بذلك الدسوقى فى تعليقه على هذا الموضوع ، وقد صرح أيضا أن المندوبات مثل غيرها كالذكر والقراءة يجوز الاستئجار عليها ، وجازت الاجارة على تعليم فقه وتعليم الفرائض ، كما ذكر ذلك ابن يونس مخافة أن يقل تعلم العلم الشرعى ووسائله كعلم النحو والبيان ونحوها ، وكذلك تجوز الاجارة على تعليم القرآن لقوله صلى الله عليه وسلم ان أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله تعالى [2] .

وسواء فى ذلك أن تكون الاجارة على تعليمه مشاهرة كل شهر بكذا أو وجيبة أو على حفظه جميعه أو جزء معين معلوم منه [3] .

مذهب الشافعية :

وذهب الشافعية الى أنه لا يصح الاستئجار على فعل عبادة تجب فيها النية بحيث يتوقف حصولها على النية كالصلاة والصوم والامامة ، ويدخل فى ذلك النفل والجهاد لأنه فرض وجوزوا الاستئجار على الحج والعمرة عن ميت ومعضوب (زمن لايستطيع الحركة) وعلى نفقة وزكاة وكفارة وأضحية وهدى وذبح وصوم عن ميت ،

(١) البدائع جـ٤ ص١٩١ ، ١٩٢ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ٤ ص١٤ ، ٢١ ، ٢٢ .

(٣) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص١٦ .

وسائر ما يقبل النيابة ، وان توقف على النية ، لما فيها من شائبة المال .

كما تصح فى كل ما لا تجب فيه نية ، وتصح فى المباحات كالاصطياد وتصح فى تجهيز ميت ودفنه وفى تعليم القرآن كله أو بعضه وان تعين على الأجير تعليمه للحديث السابق ذكره ، ولا تصح لقضاء ولا لتدريس علم الا اذا عين المتعلم وما سيتعلمه ولا تصح لقراءة شىء من القرآن أو الحديث [1] .

مذهب الحنابلة :

وذهب الحنابلة الى أنه لا تصح الاجارة على عمل لا يقع من فاعله الا قربة له كالحج والعمرة والأذان والاقامة والامامة والصلاة وتعليم القرآن والفقه والحديث والقضاء ، لما روى عبادة بن الصامت قال : علمت ناسا من أهل الصفة القرآن فأهدى لى رجل منهم قوسا فذكرت للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : « ان سرك أن يقلدك الله قوسا من نار فاقبلها » رواه أبو داود .

وتصح الاجارة على ذبح الأضحية والهدى وتفرقة الصدقة وعلى تعليم الخط والحساب والشعر المباح وعلى بناء المساجد والقناطر وفى استئجار والد ولده لخدمته خلافا للحنفية [2] .

مذهب الظاهرية :

وقال ابن حزم الظاهرى فى المحلى : ولا تجوز الاجارة على الصلاة ولا على الأذان ولكن يعطى عليهما الامام من أموال المسلمين على وجه الصلة ويصح أن يستأجر الامام والمؤذن من أهل المسجد على الحضور معهم عند حلول أوقات الصلاة مدة معينة فيقومان بهما فى وقتهما لحضورهما كما لا تجوز الاجارة على واجب تعين على الأجير من صوم أو صلاة أو حج أو فتيا أو غير ذلك ولا على معصية أصلا لأن كل ذلك أكل للمال بالباطل ، لأن الطاعة المفترضة لابد من عملها ، والمعصية مفترض اجتنابها ، فأخذ الأجرة على ذلك لا وجه له [3] .

ثم قال بعد ذلك : وجاز للمرء أن يأخذ الأجرة على فعل ذلك عن غيره مثل أن يحج عنه التطوع أو يصلى عنه التطوع أو يؤذن عنه التطوع أو يصوم عنه التطوع لأن كل ذلك ليس واجبا على أحدهما ولا عليهما والعامل يعمله عن غيره لا عن نفسه فلم يطع فى ذلك ولم يعص ، أما المستأجر فقد أنفق ماله فى ذلك تطوعا لله تعالى فله أجر ما اكتسب بماله .

ثم قال : ولا تجوز الاجارة فى أداء فرض من ذلك الا عن عاجز أو ميت لما ورد فى ذلك من نصوص فى الحج والصيام تدل على جواز أن يعملها المرء عن غيره ، فكان الاستئجار فى ذلك جائزا لأنه لم يأت عنه نهى .

وكذلك الصلاة المنسية وما فات وقتها بالنوم والمنذورة اذ هى لازمة للمرء الى

(١) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٨٧ وما بعدها .
(٢) كشاف القناع جـ٢ ص٢٩٢ ، ٣٠٠ وما بعدها .

(٣) المحلى جـ٨ ص١٩١ مسألة ١٣٠٢ ، ص١٩٢ ١٣٠٣ .

حين موته فالاجارة فى أدائها عنه جائزة ، أما المتروكة عمدا فليس على تاركها أن يصليها اذ ليس بقادر عليها لفوات وقتها فلا يجوز أن يؤدى عنه ما ليس مأمورا بأدائه [١] .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن الاجارة لا تصح على واجب سواء أكان فرض عين أم فرض كفاية على الأصح كالقضاء والجهاد وغسل الميت المسلم والصلاة عليه والأذان وتعليم القرآن والشهادة وسائر العلوم الدينية ، وتجوز فى المندوب والمباح والمكروه دون المحظور [٢] .

مذهب الامامية :

وذهب الشيعة الامامية الى أنه لا تجوز الاجارة على الصلاة بالناس ولا على الأذان ولا على صلاة الانسان لنفسه وحجه لنفسه ولا على أداء زكاته عن نفسه بلا خلاف .

وتجوز الاجارة على الصلاة عن الميت كما تجوز الاجارة على الحج وتعليم القرآن مع الكراهة وتعليم الشعر والحساب والفقه ونحو ذلك ، ويجوز استئجار كتب العلم والفقه والأدب للنظر فيها والحفظ منها على اشكال [٣] .

مذهب الأباضية :

أما الاباضية فقد ذهبوا الى أن الاجارة لا تجوز الا على منفعة لها قيمة على انفراد أى قيمة فى نفسها كالحمل ، فلا تجوز على تعليم مطلقا كعلم الفقه والنحو واللغة ونحو ذلك من علوم الاسلام .

وكذلك لا تجوز على طاعة ولو كانت نافلة لأن الأكل بالدين حرام .

وفى كتاب الديوان : لا يصلى خلف من يأخذ الأجرة على صلاته فان صلى أحد خلفه فلا اعادة عليه ، ولعل مبنى ذلك على أن صلاة المأموم غير مرتبطة بصلاة الامام وذهب بعضهم الى جواز اجارة الامام وتكون على مداومة حضوره فى وقت معين الى المسجد ومراقبة مصالحه لا على نفس الصلاة ، ومن ثم لا تجوز الاجارة على الصلاة والصيام ، وتجوز الاجارة على الامامة مع الأذان والقيام بالمسجد لا على الصلاة بانفرادها .

ولا تجوز على منفعة محظورة بل يجب أن تكون مباحة فتجوز علي الدلالة على الغريم وعلى القاتل وتجوز على الشهادة ان خاف فوت قوته وقوت أهله [٤] .

الشرط الخامس

عدم انتفاع الأجير بعمله المعقود عليه فان كان ينتفع بعمله لم تجز الاجارة لأنه حينئذ يكون عاملا لنفسه فلا يستحق الأجرة اذ لا يستحق انسان أجرا على عمله لنفسه .

وعلى هذا يخرج الاستئجار على الطاعات فرضا كانت أو واجبة أو تطوعا لأن المتطوع يستحق الثواب على الطاعة فيكون منتفعا

(١) المحلى جـ٨ ص١٩٢ مسألة ١٣٠٤ .
(٢) شرح الأزهار جـ٣ ص٣٠٢ .
(٣) تحرير الاحكام جـ١ ص٢٣٢ .

(٤) شرح النيل جـ٥ ص٩ ، ١٠ ، ١١ ، ٤٣ ، ٤٤ .

بعمله فلا يستحق أجرا ، والى هذا ذهب الحنفية وبنوا على ذلك أن الاجارة على طحن مقدار من البر بجزء معلوم منه مطحون فاسدة ، وأن الاجارة على عصر مقدار من السمسم بجزء معلوم من دهنه فاسدة ، وأن الاجارة على نسج مقدار من الغزل بجزء منه بعد نسجه فاسدة ، واذا قام الأجير بذلك لم يكن له الا أجر مثل عمله .

وقد جوز هذه الاجارة بعض مشايخ بلخ ، ومنهم محمد بن سلمة ، ونصر بن يحيى .

وهذه المسألة هى المعروفة عند الفقهاء بقفيز الطحان والأصل فيها مارواه الدارقطنى عن أبى سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان .

وقد فسره كثير من العلماء بطحن الطعام بجزء معلوم منه مطحونا ، وقد جعلوا ذلك أصلا قاسوا عليه غيره وعللوا فساد الاجارة حين ذلك بأنها تتضمن استحقاق الأجير أجرة على عمله فى ماله ولا يستحق الانسان مالا نظير قيامه بالعمل فى ماله يأخذه من غيره اذ أنه آكل للمال بالباطل ، ذلك لأنه يصير شريكا بأول جزء من العمل لاستحقاقه الأجر عليه فيكون عمله بعد ذلك عملا فيما هو شريك فيه فلا يجوز [١] .

وبيان ذلك أن الأجر يستحقه الأجير بالشروع فى العمل عند الحنفية ويستحق منه بقدر ما عمل فاذا كان الأجر جزءا غير معين مما يعمل فيه كان شائعا فى محله كله وكان الأجير شريكا للمؤجر فى ذلك المحل وكان عمل الأجير عملا فيما هو مشترك بينهما ولا تصح الاجارة على عمل فى مال مشترك بين المؤجر والأجير وعلى هذا فسدت الاجارة على طحن مقدار من الحبوب على أن يكون للأجير مقدار معين منها بعد الطحن كثلث أو قفيز أو نحو ذلك ، ولا تفسد اذا ما انعقدت على طحن هذا المقدار بقفيز من الدقيق أو بقدح من الدقيق يدفعه المؤجر من أى دقيق شاء اذ أن الأجر فى هذه الحال ليس جزءا من العمل واستحقاقه لا يجعل الحبوب مشتركة بين المؤجر والأجير .

مذهب المالكية :

وذهب المالكية الى أن الاجارة تفسد اذا كانت على حمل طعام ونحوه لبلدة كذا بنصفه مثلا اذا لم يقبض الأجير الجزء الذى استؤجر به حين العقد أو يشترط قبضه وان لم يقبضه فعلا أو جرى العرف بتعجيله وعجله فان تم ذلك صحت والا فسدت .

ويغتفر التأخير اليسير كاليومين والثلاثة وكذلك تفسد الاجارة عندهم اذا قال المستأجر للأجير : اعصر زيتونى وماعصرت فلك نصفه مثلا ، أو احصد زرعى وأدره ولك نصفه .

ولكنهم لم يذهبوا هذا المذهب للعلة التى علل بها الحنفية مذهبهم فى مثل هذه المسائل بل عللوا ذلك بعلة أخرى ، ففى حمل الطعام بنصفه قالوا ان الأجر عين ، واذا كان الأجر عينا كنصف هذا الطعام

(١) البدائع جـ٤ ص١٩١ ، ١٩٢ .

أو كدابة ونحو ذلك لم يجز تأخير قبضه اذا كان أجرا على منفعة فى الذمة كالحمل فان ذمة الأجير تشغل به بناء على العقد فاذا لم يقبض كان ذلك كبيع معين تأخر قبضه اذ الأمر حينئذ لا يعدو أن يكون معاوضة بين الأجر الذى هو عين والمنفعة التى التزم بها الأجير ، وقد تملك الأجير بناء على ذلك العين بما التزم من منفعة هى الحمل .

ولكن اذا سلمت العين التى جعلت أجرا حين العقد انتفى تأخير القبض فتصح الاجارة .

وكذلك اذا اشترط فى العقد قبضه فى الحال أو جرى العرف بذلك ، اذ المعروف كالمشروط لأن العقد حينئذ يكون قد تم على أساس القبض فى الحال فكان التأخير فيه غير مراعى ، وفى الزيتون والزرع عللوا الفساد بجهالة الأجر لأنه لا يدرى مقدار ما يخرج من الزيت بعد عصر الزيتون ولا مقدار ما يكون من الحبوب بعد الحصد ولذا أجازوا الاجارة اذا قال المستأجر للأجير انفض زيتونى ولك نصفه أو التقط زيتونى ولك نصفه لانتفاء الجهالة حينئذ .

وفى الشرح الكبير للدردير : وجازت الاجارة بصاع دقيق يدفعه رب القمح لمن يطحنه له منه أو فى غيره نظير طحنه أو بصاع زيت يدفعه رب الزيتون لمن يعصره له أجرا لعصره اذا لم يختلف كل من الحب أو الزيتون فى الخروج ، فان اختلف بأن كان تارة يخرج منه الدقيق أو الزيت وتارة لا يخرج منع ذلك للجهالة ، فان شك فى الأمر حمل فى الزيتون ونحوه كالسمسم على عدم الخروج لكون الشأن فيه ذلك فتمنع الاجارة وفى الحنطة ونحوها يحمل على الخروج فيجوز لأن الشأن خروج الدقيق من الحب [1] .

مذهب الشافعية :

وفى نهاية المحتاج للرملى الشافعى [2] : ولا تجوز الاجارة على سلخ شاة مذبوحة بجلدها ولا على طحن بر ببعض الدقيق أو بالنخالة التى تخرج منه للجهل بثخانة الجلد ورقته بعد السلخ وبنعومة الدقيق وخشونته بعد الطحن لانتفاء القدرة عليها حالا (أى عند العقد) ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان،وقد فسر بأن يجعل أجر الطحن لحب معلوم قفيزا مطحونا .

قال السبكى ومنه ما يقع فى زماننا من جعل أجرة الجابى عشر ما يجبيه من النقود وذلك للجهل بمقدار الأجر عند العقد ، ثم قال : ولا أثر لوقوع العمل المكترى له فى ملك غير المكترى (وهو الأجير) لوقوعه بطريق التبعية كما لو ساقى شريكه وشرط له زيادة من الثمر .

واختار السبكى أنه ان استأجر على الكل أو أطلق ولم تدل قرينة على أن المراد الاستئجار على العمل فى حصته فقط امتنع وهو مراد النص لوقوع العمل فى ملك غير المكترى قصدا فان كان الاستئجار على

---

(١) الخرشى جـ٧ ص٧ والشرح الكبير جـ٤ ص٩ وحاشية الدسوقى عليه .

(٢) جـ٥ ص٢٦٦ .

حصة المستأجر فقط جاز وهذا هو ما نحا اليه الحنفية .

مذهب الحنابلة :

وفى مطالب أولى النهى من كتب الحنابلة [1] : ولا بأس بحصاد زرع بسدس ما يخرج منه أو نصفه لحديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر لأهلها على الشطر ولا يعارض هذا ما سبق ذكره من حديث الدارقطنى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عَسْب الفحل وعن قفيز الطحان لحمله على قفيز من المطحون فلا يدرى مقدار الباقى بعده وقد لا يبقى الا القليل فتكون المنفعة مجهولة ، وعلى ذلك لم ير الحنابلة فى النهى عن قفيز الطحان ما رآه الحنفية .

مذهب الظاهرية :

وفى المحلى [2] : وجاز اعطاء الغزل للنسج بجزء منه مسمى كربع أو ثلث أو نحو ذلك فان تراضيا على أن ينسجه النساج ويكونا شريكين فيه جاز ذلك وان اتفقا على أن يكون لأحدهما لم يلزمه وكان للنساج من الغزل أجر بمقدار عمله حتى اذا تم نسجه استحق جميع ما سمى له وكذلك يجوز اعطاء الثوب للخياط بجزء منه مشاع أو معين واعطاء الطعام للطحين بجزء منه كذلك ، واعطاء الزيتون للعصير كذلك ، وكذلك الاستئجار بجميع هذه الزيوت بجزء منها .

مذهب الزيدية :

وفى شرح الأزهار للزيدية [3] : ويصح أن يستأجر آخر على حمل طعام ببعض المحمول كسدسه بعد الحمل أو على رعى غنم بنصفها ، نص عليه الهادى فى المنتخب .

وقال زيد بن على والناصر لا تصح هذه الاجارة لأن الأجير قد استؤجر على حمل ملك نفسه وملك غيره ، أما لو استأجره على حمل نصف هذا الطعام بنصفه الآخر فلا خلاف فى صحة هذه الاجارة ولو استأجر من ينسج له غزلا بنصف ما ينسجه أو يعمل له سكاكين بنصفها بعد العمل ، فان ذلك لا يصح ، ذكره الهادى فى الفنون .

قال ابن أبى الفوارس للهادى قولان فى المحمول والمصنوع قول يصح فيهما جميعا وقول لا يصح فيهما جميعا ، وقيل بل الهادى يفرق بين المحمول والمصنوع لأن الصنعة معدومة فلا تصح أجرة بخلاف المحمول فهو موجود ، قال وقد أشير فى الأزهار الى ضعف هذا القول .

مذهب الامامية :

وفى تحرير الأحكام للامامية [4] : ولو استأجر آخر لسلخ شاة ميتة بجلدها أو مذبوحة بجلدها لم يجز .

وقال الشيخ — أى الطوسى — : يجوز ولو استأجره لرعى الغنم مدة معينة بنصفها

---

(١) جـ٣ ص٥٤٢ .
(٢) جـ٨ ص١٩٨ مسألة ١٣١٩ .
(٣) جـ٣ ص٢٨٨ .
(٤) جـ٢ ص٢٤٣ ، ٢٤٥ .

جاز والنماء بينهما من حين العقد فى النسبة وكذا لو استأجره لرعيها بشاة معينة فيها ولو كانت مجهولة لم يجز ولو استأجره لحصد الزرع بجزء منه معلوم كالسدس جاز وكذا استئجار الطحان بالنخالة أو بقفيز من الدقيق جائز .

مذهب الاباضية :

وفى شرح النيل للاباضية [1] : وان دفع له صوفا أو كتانا ليعمله ثوبا أو دفع له جلودا ليدبغها أو ذهبا أو فضة ليصنعهما حليا بتسمية قدر منها لم يجز ، ولو فعل كان له أجر مثله ، وقيل يجوز .

الشرط السادس

أن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر ، وهذا شرط نفاذ .

اتفقت المذاهب الثمانية التى نحن بصدد بيان الحكم فيها على أنه يشترط فى ترتب آثار الاجارة عليها أن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر ، وهذا الشرط يتضمن ما اشترطه من ذهب الى أن المنافع أموال وهو أن تكون المنفعة متقومة ، أى ذات قيمة فى نفسها ، لأنه لا يملك الا ما كان له قيمة والاتفاق على هذا الشرط أساسه أن عقد الاجارة يفيد تمليك المنفعة كما قدمنا ، ولا يملك الا ما كان مملوكا فوجب لذلك أن يكون المؤجر مالكا للمنفعة حتى يستطيع تمليكها للمستأجر .

وقد جاء فى كتاب شرائع الاسلام للشيعة الامامية : يشترط فى الاجارة أن تكون المنفعة مملوكة ، اما تبعا لملك العين أو منفردة ، ولذا كان للمستأجر أن يؤجر ، الا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ، واذا أجر الفضولى بطلت اجارته ، وقيل : وقفت على اجازة المالك وهو حسن .

ومما ينبغى ملاحظته أن ملك العين يترتب عليه ملك منافعها ، ومن ثم كان لمالك العين أن يؤجرها لتمليك منافعها للمستأجر وقد ينفصل ملك المنافع عن ملك العين كما هو الحال فى المستأجر لعين والموصى له بالمنفعة والمستعير عند الحنفية والمالكية والموقوف عليه والمقطع عند من يرى أن الاقطاع تمليك للمنفعة لا للعين ، وفى هذه الحال يلاحظ أن ليس كل من يملك المنفعة يملك أن يملكها غيره بالاجارة بل يرى أن بعض من يملك المنفعة لا يملك أن يملكها غيره وهاك البيان :

بالنسبة للمستأجر يرى أنه يملك أن يؤجر فى بعض الأحوال دون بعضها عند الحنفية ، وسيأتى بيان ذلك وبيان آراء المذاهب فيه عند كلامنا على تصرف المستأجر فى المنفعة .

وبالنسبة للموصى له بالمنفعة فان الوصية له بها قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بالاستعمال وقد تكون مقيدة بالاستغلال . وقد تكون عامة .

---

(١) جـ٥ ص٨٠ .

ويرى الحنفية أنه لا يملك التأجير اذا كانت مقيدة بالاستعمال [١] لأنه ملكه بالمجان والتمليك بالاجارة تمليك بعوض وهو أقوى من التمليك مجانا ومن ملك الأضعف لا يملك الأقوى وبيان الآراء فى ذلك بالنسبة لجميع المذاهب يرجع اليه فى الوصية عند الكلام على تصرف الموصى له .

وبالنسبة للمستعير يرى الحنفية أنه لا يملك التأجير [٢] لأن ملكه بالمجان فلا يملك أن يؤجر كما تقدم ، ولأن الاعارة عقد غير لازم والاجارة عقد لازم ، ولا ينبى اللازم على غير اللازم وبيان الآراء فى ذلك يرجع اليه فى الاعارة عند الكلام على تصرف المستعير .

وبالنسبة للموقوف عليه فانه مع كونه مالكا للمنفعة لا يملك أن يؤجر عند الحنفية الا اذا كان له ولاية التأجير بأن جعل ناظرا على الوقف أو أعطى له الواقف حق التأجير أو خلا الوقف من ناظر وانحصر الاستحقاق فيه [٣] .

وبيان الآراء فى ذلك يرجع اليه عند الكلام فى الولاية على الوقف ومن له ولاية استغلاله .

وبالنسبة للمقطع له فانه يملك التأجير على رأى من يقول ان الاقطاع تمليك للعين ، وعلى رأى من يقول انه تمليك للمنافع ، وبيان الأحكام فى ذلك يرجع اليه عند الكلام على الاقطاع [٤] .

وانما يكون هذا الشرط شرط نفاذيترتب على عدم تحققه وقف العقد على الاجازة من ذى الشأن اذا كان محل العقد وهو المنفعة مملوكا أما اذا لم يكن له مالك كأن تكون منفعة مباحة أو منفعة محظورة يحرم تملكها أو غير متقومة كان حينئذ شرط صحة والاجارة عند فقده غير صحيحة ، أو شرط انعقاد كما يأتى بيان ذلك .

وقد رتب الفقهاء على هذا الشرط أنه لا يجوز استئجار حائط يستظل بظله لأنها منفعة غير مملوكة لمالك الحائط [٥] .

وكذلك اجارة الأعيان المباحة للانتفاع بمنافعها .

وكذلك لا ينفذ استئجار دابة من غير مالكها ولا دار من غير مالكها لأن المؤجر لا يملك منافع عين هى ملك غيره ، وهذه هى اجارة الفضولى وهى متوقفة على اجازة المالك فان أجازها قبل استيفاء المنفعة نفذت والا بطلت ، وان أجازها بعد استيفاء المنفعة لم تجز الاجارة وكانت الأجرة للعاقد الفضولى لا للمالك ، لأن المنافع باستيفائها قد انعدمت وخرجت عن احتمال انشاء العقد عليها .

وان وقعت الاجازة فى أثناء الانتفاع قبل انتهاء مدة الاجارة صحت الاجارة فى

(١) الدر المختار وابن عابدين جـ٥ ص٤٩٠ .
(٢) تبيين الحقائق للزيلعى جـ٥ ص٨٥ .
(٣) الدر المختار وابن عابدين جـ٣ ص٤١٧ .
(٤) الاشباه للسيوطى ص ٣٨٢ .
(٥) البدائع جـ٤ ص١٧٧ ، ١٧٨ .

قول أبى يوسف لبقاء مدة الاجارة فاعتبر بقاء المدة بقاء لها ، فصلحت لأن تكون محلا للاجازة .

وفى قول محمد صحت فيما يأتى من المدة ولم تصح فيما مضى ، لأن كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه ، فكأن كأنه قد عقد عليه بعقد مبتدأ ، وبمضى الزمن ينعدم ما استوفى فيه من المنافع فلا تلحقه الاجازة بخلاف ما لم يستوف ولا تطيب الأجرة للعاقد عندما تكون له لأنها بدل ما لا يملك وهذا بخلاف استئجار الفضولى فانه اذا أضاف العقد الى نفسه وقع له ولا يتوقف [1] .

وكذلك نص المالكية على أنه لا يجوز استئجار زهور لشمها أو للتمتع بنظرها واستئجار نار للاستضاءة ، وكذلك استئجار آلات اللهو للعزف لأن جميع هذه المنافع غير متقومة شرعا [2] .

والى ذلك ذهب الشافعية [3] والحنابلة [4] فقد جاء فى كشاف القناع : ولا تصح اجارة نقد أو شمع وأوان لتجميل بيت أو دكان اذ لا يقابل مثل ذلك بعوض ، وكذلك لا يجوز اجارة كتاب لقراءة فيه [5] والى هذا ذهب الزيدية أيضا [6] ، والشيعة الامامية [7]

ويتضمن هذا الشرط أيضا ألا تكون المنفعة محظورة شرعا لأن المحظور شرعا لا يملك ، وعلى هذا لا تجوز الاجارة على المعاصى كالاجارة على السرقة والقتل والسب ونحو ذلك ، وعلى هذا اتفقت كلمة المذاهب الثمانية [8] .

ومما فرعه الحنفية على هذا الشرط عدم جواز استئجار الولد والده للخدمة لأن اهانة الوالد باستخدامه محظور ، وأجاز ذلك الحنابلة مع الكراهة وعلى ذلك فليس كل محظور عندهم لا تصح الاجارة عليه بل فيما يكون محرما [9] .

ويلاحظ أن الاستئجار على المعاصى الاجارة فيه باطلة ولا تملك بها الأجرة ، ويعد الاستيلاء عليها غصبا ولذا كان هذا الشرط فى ذلك الموضع شرط انعقاد كما يعد شرط انعقاد أيضا فى اجارة ما لا يتقوم من المنافع أما فى اجارة ما لا يلى عليه المؤجر من المنافع فهو شرط نفاذ عند الحنفية وشرط صحة عند الشافعية (ارجع الى مصطلح فضولى) .

الأجرة وشروطها

الأجرة أو الأجر فى الاجارة هو بدل المنفعة التى وقع عليها عقد الاجارة فهو فى الاجارة كالثمن فى البيع اذ كلاهما عقد معاوضة ولذا كان كل ما يصلح ثمنا فى البيع يصلح أجرة فى الاجارة وما لا يصلح ثمنا

(١) بدائع الصنائع جـ٤ ص١٧٧ .
(٢) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص١٩ طبعة الحلبى .
(٣) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٦٦ .
(٤) كشاف القناع جـ٢ ص٢٩١ ، ٢٩٤ .
(٥) منتهى الارادات جـ١ ص٤٧٩ .
(٦) حاشية شرح الأزهار جـ٣ ص٢٥٣ و٢٥٤ .
(٧) تحرير الأحكام جـ١ ص٢٤٥ .

(٨) كشاف القناع جـ٢ ص٢٩١ ونهاية المحتاج جـ٥ ص٢٧٠ والبدائع جـ٤ ص١٨٩ والشرح الكبير جـ٤ ص٢٠ وشرح الازهار جـ٣ ص٣٠٢ ، والمحلى جـ٨ ص١٩٢ وما بعدها ، وتحرير الاحكام جـ١ ص٢٤٨ . وشرح النيل جـ٥ ص١٠ .
(٩) البدائع جـ٤ ص١٩٠ وكشاف القناع جـ٢ ص٢٩٢ .

فى البيع لا يصلح أجرة فى الاجارة ولكن ليس كل ما يصلح أجرة يصلح ثمنا ، فالمنفعة تصلح أجرة فى الجملة وذلك عند اختلاف المنفعتين المتقابلتين ولكنها لا تصلح ثمنا فى البيع اذ البيع لا يكون الا بمبادلة عين بعين .

مذهب الحنفية :

يرون أنه يجب فى الأجرة أن تكون مالا معلوما متقوما ، والأصل فى اشتراط العلم بالأجرة قوله صلى الله عليه وسلم : من استأجر أجيرا فليعلمه أجره ، ويحصل العلم بالاشارة اليها وبالتعيين والبيان ، ويكون العلم بها اذا كانت عينا بالاشارة أو بالتعيين والبيان وعند الاشارة اليها لا يحتاج الى ذكر جنسها ولا نوعها ولا صفتها سواء أكانت مما يتعين بالتعيين أم مما لا يتعين بالتعيين كالنقود ، واذا لم تكن عينا كان العلم بها بالبيان والوصف المزيلين للجهالة المؤدية الى النزاع وذلك يكون ببيان الجنس والنوع والصفة والقدر غير أنه اذا لم يكن فى البلد الا نوع واحد من النقود لم يحتج فى العلم بها الى ذكر النوع والوزن واكتفى بذكر الجنس والقدر ، وان كان فى البلد نقود مختلفة كانت من النقد الغالب ، وان تعدد النقد الغالب وجب البيان والا فسد العقد ، ولابد من بيان مكان ايفائها اذا ما كان لها حمل ومئونة عند الامام ، وعند أبى يوسف ومحمد لا يشترط ذلك ، ويتعين مكان العقد مكانا للايفاء ، وما صلح من الأجور أن يكون دينا فى الذمة كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لا يشترط ذكر أجل للوفاء ، ويصح اشتراط تعجيله وتأجيله ، وعند عدم الاشتراط يرجع فى الوفاء به الى التراضى ، وعند المشاحة لا يستحق الا باستيفاء المنفعة المعقود عليها على ما سيأتى بيانه .

وأما ما لايصلح ان لايكون دينا فى الذمة فمنه مايصح فيه السلم كالثياب ونحوهافانها عند عدم الاشارةاليها تكونمعرفتها بأوصافها وعندئذ لابد من ذكر أجل للوفاء والتسليم لأن الوضع فيها عندئذ كالسلم فلا تثبت دينا فى الذمة الا بالتأجيل ولذا وجب معها ذكر الأجل ومنه ما لا يجرى فيه السلم كالدواب والأرض ونحوهما فانه لايصير معلوما بذكر جنسه ونوعه وصفته وقدره لعدمانضباطه بل لابد من تعيينه بالاشارة اليه ألا ترى أن ذلك لايصلح أن يكون ثمنا فى البياعات وانما يعد مبيعا دائما له حكم المبيع فلا يصلح أن يكون أجرا فى الاجارات حتى يشار اليه وما كان منها مشارا اليه كان حكمه حكم الثمن اذا كان عينا حتى لو كان منقولا لم يصح التصرف فيه قبل قبضه وان كان عقارا فعلى الخلاف فى ذلك بين الشيخين ومحمد ، ولو استأجر أجيرا بأجر معلوم مع طعامه أو دابة بأجر معلوم مع علفها لم يجز لجهالة مقدار الأجر بسبب الجهالة فى مقدار الطعام والعلف وكان ذلك هو القياس فى استئجار الظئر الا أنه قد أجيز للعرف ، وفرعوا على ذلك أن من استأجر دارا بأجر معلوم وشرط عليه المؤجر تجصيصها أو اصلاح شىء من جدرها أو أبوابها أو نحو ذلك كان العقد فاسدا لأن المشروط صار جزءا من الأجرة وقيمته مجهولة فكان الأجر مجهولا ، ومثل ذلك الأرض تستأجر بأجر معلوم على أن يكون على المستأجر كرى مراويها وحفر مصارفها ونحو ذلك .

ولا يصح أن تكون الأجرة منفعة هى من جنس المنفعة المعقود عليها كاجارة دار للسكنى بسكنى دار أخرى واجارة أرض لزراعتها بزراعة أرض أخرى ويجوز أن تكون منفعة من غير جنس المنفعة المعقود عليها كاجارة دار للسكنى بزراعة أرض ، وفى اجارة منفعة بمنفعة من جنسها اذا استوفى أحد العاقدين دون الآخر .

روى عن أبى يوسف أنه لا أجر عليه للآخر ، وقال الكرخى : الظاهر أن عليه أجر المثل ، وجه رواية أبى يوسف أنه حين قوبلت المنفعة بجنسها ولم تصح هذه المقابلة كان بازاء المنفعة المستوفاة ما لا قيمة له وهو المنفعة فكان الآخر راضيا ببذل المنفعة لصاحبه بلا بدل ، ووجه ما ذكره الكرخى أنه قد استوفى المنفعة بعقد فاسد وبه تتقوم المنافع كما تتقوم بالعقد الصحيح كما فى استئجار شىء لم يسم له عوضا أصلا فاذا سمى العوض وهو المنفعة كان ذلك أولى بالتقويم[1] واذا ردد المؤجر بين أجرين فى زمنين بأن قال : ان عملت هذا العمل اليوم فلك دينار، وان عملته غدا فلك نصف دينار ، ذهب الامام الى أنه يستحق الدينار ان عمله فى اليوم الأول ، وان عمله فى اليوم الثانى فليس له الا أجر مثله لا ينقص عن نصف دينار ولا يزيد على دينار ، وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان صحيحان جائزان فله دينار ان عمله فى اليوم الأول ، وله نصف دينار ان عمله فى اليوم الثانى ، وقال زفر والشافعى : الشرطان باطلا والاجارة فاسدة لأن الترديد بين عمل فى يومين ترديد فى الواقع بين عملين فكان المعقود عليه مجهولا مترددا بين عمل اليوم الأول وعمل اليوم الثانى ، ووجه قول الصاحبين أن ما تم ليس عقدا واحدا بل هما عقدان بين فى كل منهما محله وأجره ، والأجير ان نفذ العقد الأول استحق الأجر المبين به ، وان عدل عنه الى الثانى لما جعل له من خيار فعمل العمل فى اليوم الثانى كان له أجره ، ووجه قول أبى حنيفة أنه قد اجتمع فى اليوم الثانى بدلان مختلفان قدرا ، ذلك لأن بدل العمل فى اليوم الأول يستمر الى اليوم الثانى بدليل أنه اذا لم يذكر لليوم الثانى بدل وقام الأجير بالعمل فيه استحق على عمله المسمى فى العقد وان لم يقم به فى اليوم الأول وعليه يكون أجر العمل فى اليوم الثانى مترددا بين أجر اليوم الأول وأجر اليوم الثانى فكان مجهولا ، وذلك مفسد للاجارة فى اليوم الثانى فاذا عمل استحق أجر المثل لا ينقص عن نصف دينار ولا يزيد على دينار لاتفاق الطرفين على ذلك فى العقد[2]

استحقاق الأجرة

يرى الحنفية : أن الأجرة لا يستحقها آجر العين على مستأجرها ولا الأجير على مستأجره بمجرد العقد ، وانما تستحق باستيفاء المنفعة أو بالتمكن من استيفائها فلا يستحقها مؤجر العين الا اذا خلى بينها وبين مستأجرها ، ولا يستحقها الأجير الا بالعمل ان كان أجيرا مشتركا أو الا بتسليم بنفسه اذا كان أجيرا خاصا[3] ، واذا كان الأجر عينا مشارا اليها وكان مما له حمل ومئونة احتيج

(١) البدائع جـ٤ ص١٩٣ ، ١٩٤ .

(٢) البدائع جـ٤ ص١٨٦ .
(٣) البدائع جـ٤ ص١٨٠ .

الى بيان مكان ايفائه عند أبي حنيفة [١] ، وعند أبي يوسف ومحمد لا يشترط ذلك ، ويتعين مكان العقد للايفاء فاذا لم يبين مكان الايفاء فسد العقد عند الامام ، أما عند صاحبيه فلا يفسد ، وانما يكون مكان الايفاء مكان العقد حيث تكون العين المستأجرة كالدار والأرض ، أما فى الاجارة على العمل فحيث يوفى العمل ، وفى الحمل حيث استوفى المؤجر ، فكلما حمل له مسافة أخذ حصته من الأجر مع مراعاة أن تكون هذه المسافة مما يستأجر عليها عادة ، وهذا اذا لم يعين للوفاء مكان ، فاذا تضمن العقد تعيينه وجب أن يكون الوفاء فيه واذا كان الأجر مما ليس له حمل ولا مئونة فان المؤجر يطلبه من المستأجر حيث وجده بعد أن يكون قد استحقه ، واذا كان الأجر عينا معينة أشير اليها أو وصفت بما يعينها كأن تستأجر دار للسكنى سنة نظير هذه الدابة وجب تسليمها عند استحقاقها ، أما اذا كان دينا فانه يثبت فى الذمة بالعقد وذلك كالنقود أو المثليات أو المنافع وحينئذ فقد يكون حالا واجب الوفاء عند استحقاقه ، وقد يكون مؤجلا اذا شرط فى العقد تأجيله الى أجل معين وعندئذ يوفى عند حلول أجله ويصح حينئذ تعجيله وذلك بدفعه قبل أجله كما يصح اشتراط تعجيله فى العقد وعندئذ يجب أداؤه قبل الانتفاع والتمكن منه ، غير أن ذلك لا يصح الا اذا كانت الاجارة منجزة أما اذا كانت مضافة فان شرط التعجيل يكون شرطا فاسدا مفسدا للعقد [٢] لأنه يتنافى مع مقتضاه فان مقتضاه ارجاء آثاره الى الوقت الذى أضيف اليه ، ومن آثاره تملك الأجرة وأداؤها فيكونان مرجأين الى ذلك الوقت فلا يصح مخالفة هذا المقتضى باشتراط تعجيلها لأنه الغاء لمقتضى العقد ، ولاشتراط تعجيل الأجرة وتأجيلها أثر فى حكم الاجارة يبين فى حكمها ، والأجر المسمى هو ما تم الاتفاق عليه فى العقد بين المتعاقدين ويستحق فى العقد الصحيح بانتفاع المستأجر أو بتمكنه من الانتفاع ، وأجر المثل هو ما تقوم به المنفعة فى عرف الناس وتعاملهم ، ويجب بالانتفاع فعلا فى الاجارة الفاسدة بسبب جهالة التسمية أو جهالة المنفعة كما يجب لوصى مقابل عمله اذا لم يقدر له أجر ولا يعمل مثله الا بأجر ، وللمضارب فى المضاربة الفاسدة بسبب مشاركة رب المال له فى العمل [٣] ، ومن القواعد التى ذهب اليها الحنفية لا يجتمع أجر وضمان فلا أجر على الغاصب اذا انتفع بما غصبه ولا أجر على المستأجر اذا انتفع بالعين المستأجرة انتفاعا خلاف ما تم عليه العقد لأنه بمخالفته العقد لم يصر أمينا وكانت يده على العين يد ضمان.

مذهب المالكية :

يشترط المالكية فى الأجر ما يشترطونه فى الثمن وهو أن يكون مالا متقوما طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه معلوما ذاتا وأجلا أو حلولا على وضع لا يؤدى الى النزاع ، وعلمه ذاتا يكون اما بوصفه وذلك ببيان جنسه ونوعه وقدره واما برؤيته والاشارة اليه ، وعلمه أجلا يكون ببيان

(١) البدائع جـ٤ ص١٩٣ . والهندية جـ٤ ص٤١٢ عن محيط السرخسى .
(٢) الدر المختار وابن عابدين جـ٥ ص٧ .
(٣) الدر المختار وابن عابدين جـ٥ ص٥٠٣ ، جـ٤ ص٣٨٣ طبعة الحلبى .

أجله أو حلوله وبناء على ما ذكر لا يصلح النجس أجرا وكذلك المتنجس الذى لا يقبل التطهير ولا مالا ينتفع به انتفاعا مباحا شرعا كآلة اللهو ولا البعير الشارد لعدم القـدرة على تسليمه وللاكتفاء فيـه بالعلم الذى لا يكون معه نزاع عادة .

وأجاز مالك أن يؤجر الخياط على خياطة مايحتاج اليه المؤاجر هو وأهله من الثياب فى السنة وان يؤجر الخباز على خبز ما يحتاج اليه المؤاجر من الخبز فيها اذا ما عرف حال المؤاجر وما يحتاج اليه من ذلك مع جهـالة المنفعة المعقود عليها وذلك لجـريان العرف بذلك ولهذا أجيزت اجارة الظئر بنفقتها مع ما فى النفقة من الجهالة لأنها جهالة لا تؤدى الى النزاع ، وقال أصبغ فى استئجار العامل للعمل فى الكرم على النصف مما يخرج منه لا بأس فيه ومثله الأجير يسـتأجر لحراسة الزرع وله بعضه لتعارف الناس ذلك ولذا قال سحنون : لو حملت أكثر الاجارات على القيـاس لبطلت وأصـاب الناس حرج [١] ، ولذلك جاز كـراء دابة بعلفهـا أو بطعـام صاحبها كما جاز كراء دابة بدراهم معلومة على أن يكون طعام المكترى على صاحبها مدة ركوبه [٢] .

واذا كانت الأجرة دينـا تشـغل به ذمة المستأجر بالعقد كدينـار وجب تعجيلها ان شرط فى العقـد تعجيلهـا أو جرى العرف بذلك سواء أكانت المنفعة المعقود عليها دينا فى الذمة كحمل متاع الى جهة معينة واصلاح آلة أم لم تكن ديناكسكنى دارمعينة غيرأنهاذا كانت المنفعة المعقود عليها دينا وجب تعجيل الأجرة لحق الله تعالى حتى لايترتب علىذلك ابتداء دين بدين وهو منهى عنه لأنه ان لم تعجل كانت دينا فى مقابلة منفعـة هى دين أيضا فى ذمة الأجير ولكون التعجيل فى هذه الحال حقا لله تعالى لايجوز التنازل عنه ممن يكون منه التنازل وتفسـد الاجارة اذا لم تعجل الأجرة ، أما اذا لم تكن المنفعة دينا فان تعجيل الأجرة فى هـذه الحال يجب حقـا لمستحقها تنفيذا للشرط الصريح أو المعروف عرفا وله حينئذ أن يتنازل عنه ولا يترتب على ذلك فساد الاجارة كمن يستأجر دارا من آخر شهرا ليسكنها بثلاثة دنانيـر مثلا فلا يجب لصحتها عندئذ تعجيلالأجرة واذا شرط التعجيل أو كان ذلك مقتضى العرف وجب على المستأجر التعجيل لذلك بخلاف ما اذا استأجر شخصا عاملا ليصلحله آلة بدينارفان المنفعة فى هذا المثال دين تشغل به ذمة العامل والأجر كذلك دين تشغل به ذمة المسـتأجر فيجب لـكى يتجنب ابتـداء الدين بالدين اشتراط تعجيل الأجر أو جريان العرف بذلك ثم تعجيله فعلا مراعاة لحق الله تعالى حتى اذا لم يشرط التعجيل ولم يكن عرف فسـدت الاجارة وان عجل فعلا ذلك لأن الاجارة حين تنعقد فى هذه الحال تنعقد على ابتداء دين بدين اذ لا يقتضى عقـد الاجـارة بحسب طبيعته الا تأخير الأجر الى وقت العمل وذلك مايصـير به الأجـر دينـا ويلاحظ أن ذلك مشروط بألا تكون المنفعة قد شرع فيها أو لم يتأخر الشروع فيهـا الى ثلاثة أيام والا كانت الاجارة صحيحة حينئذ لعـدم ترتب

---

(١) الشرح الصغير للدردير جـ٢ ص٢٣٢ (بلغـة السالك) . والمواق جـ٥ ص٣٩٠ هامش الحطاب .

(٢) الشرح الكبير جـ٤ ص٣٥ .

المحظور وهو ابتداء الدين بالدين اذ تعد المنفعة حينئذمقبوضة جميعهابناء علىماذهبوا اليه من أن قبض الأوائل يعد قبضا للأواخر وقيل لابد من التعجيل أيضا فى هذه الحال وذلك على رأى من يرى أن قبض الأوائل لا يعد قبضا للأواخر ولا يكفى فى تعجيل الأجرة عند وجوبه تعجيل بعضها بل لابد من تعجيلها كلها الا عند الضرورة فعند ذلك يكفى تعجيل البعض ومثلوا لذلك بعقد كراء الحاج مع جمال فى مصر فى رمضان أو أوائل شوال على أن يحمله الى مكة فانه يكفى فى هذه الحال تعجيل اليسير من الأجرة لأن تعجيلها كلها يؤدى الى ضياع الأموال بسبب هرب الجمالين اذا قبضوا الأجر كله فان لم تكن المنفعة دينا سواء شرع فيها أم لا أو كانت دينا وقد شرع فيها فلا يجب تعجيل الأجر بل يجوز تأخيره، وأما اذا كانت الأجرة عينا معينة كهذه الدابة أو هذا الثوب ونحو ذلك فانه يجب لصحة الاجارة فى هذه الحال اشتراط تعجيلها فى العقد أو جريان العرف بذلك حتى لا يترتب على العقد بدون ذلك بيع معين يتأخر قبضه وذلك غير جائز اذ أن الأجرة فى هذه الحال هى عين قوبلت بمنفعة وقد جعلت عوضا عنها وبها تملكها المؤجر فتكون كمبيع معين لا يقبل التأخير فى قبضه فان لم يكن شرط بالتعجيل ولم يكن العرف قد جرى بذلك كانت الاجارة فاسدة ، ولو عجلت الأجرة فعلا لأن عقد الاجارة بحسب وضعه وطبيعته لا ينعقد موجبا لقبض الأجرة فى الحال وانما يقتضى تأخير قبضها الى استيفاء المنفعة التى قوبلت بها و لايلزم المستأجر فيه من الأجر الا بقدر ما انتفع ألا ترى أنه اذا حال بين المستأجر وبين انتفاعه فى أثناء مدة الاجارة مانع لم يلزم من الأجر الا بقدر انتفاعه وذلك بخلاف عقد البيع فانه يوجب نقد الثمن فى الحال اذا لم يشترط تأجيله لمايترتب عليه من قبض المبيع حتى تتحقق المعادلة بين البدلين فى القبض أما الركوب والسكنى مثلا فى عقد الاجارة فلا يقبضان دفعة واحدة فلم يجب لذلك قبض بدلهما دفعة واحدة فى الحال وبذلك يتضح أن عقد الاجارة بدون اشتراط تعجيل نصا أو عرفا ينعقد على تأخير قبض ما يجب قبضه فى الحال وهو الأجرة المعينة وذلك ما يوجب فساده ولافرق فى هذه الحال بين أن تكون المنفعة المعقود عليها دينا فى الذمة كنقل متاع أو ليست بدين كسكنى دار ، وقد نصوا على أنه يغتفر التأخير الى ثلاثة أيام ، وبناء على ما تقدم اذا لم يكن الأجر معينا ولم يكن فى العقد شرط بتعجيله ولم يجر العرف بتعجيله ولم تكن المنفعة التى هى محل العقد دينا ثابتا فى الذمة لم يجب تعجيل الأجر وكان على المستأجر منه ما يعادل ما استوفاه من المنفعة، فكلما تمكن من استيفاء مقدار منها لزمه أجره فيدفعه مياومة أو مشاهرة عند عدم المشاحة فى التعجيل والتأخير وهو الأصل فى الاجارة فى مثل اجارة العقار والرواحل والآدمى للخدمة والأوانى للاستعمال [1] أما فى مثل اجارة الصناع والأجراء فليس لهم الأجر الا بعد تمام العمل الا عن تراض بدفعه قبل ذلك أو عن شرط بتعجيل دفعه قبل ابتداء العمل أو شرط بتأجيله الى ما بعد العمل

---

(١) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص٣ وما بعدها . والشرح الصغير والصاوى عليه جـ٢ ص٢٣٣ ومابعدها . والمواق هامش الحطاب جـ٥ ص٣٩٣ وما بعدها .

وذلك هو الأصل فى الاجارة ، وفى المدونة : اذا أراد الصانع أو الأجير تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب الشيء حملوا على المتعارف بين الناس فان لم يكن لهم سنة لم يقض لهم بشيء الا بعد الفراغ وأما فى الأكرية فى دار أو راحلة أو فى اجارة بيع السلع ونحوها فبقدر ما مضى وليس لخياط خاط نصف القميص أخذ نصف أجرته اذا لم يأخذه على ذلك بل حتى يتمه ، ومقتضى هذا أن ذلك انما يكون عند المشاحة والا فليس على رب الشيء من حرج أن يعجل للأجير أجرته ، وذكر الدسوقى أن ذلك فيما اذا بقى العقد الى اتمام العمل فان انفسخ قبل اتمامه لم يكن للأجير أو الصانع من الأجر الا بحساب ما عمل ، ثم ذكر الدردير فرقا بين ما يسمى أجيرا وصانعا فذكر أن بائع منفعة يده ان كان لا يحوز ما فيه عمله كالبناء والنجار فهو أجير وان كان يحوز ما يعمل فيه فان كان لم يدخل فيه شيئا من عنده كالحداد والخياط فصانع وان كان يدخل فيه شيئا من عنده كالصباغ فبائع صانع .

ولا يستحق المؤجر أن يعجل له شيء من الأجر الا بتمكن المستأجر كما لا يستحق الأجير شيئا من أجره الا باتمام عمله فمستأجر الدار لا يلزمه أن ينقد الا بقدر ما سكن ما لم يكن شرط بتعجيل الأجر وكذلك الأجير [1] .

واذا ردد المؤجر بين أجرين فى زمنين فسدت الاجارة وذلك نحو أن يقول للأجير الخائط ان خطت ثوبى هذا اليوم فلك نصف دينار وان خطته غدا فلك ربع دينار وذلك للجهل بقدر الأجر فان خاطه لم يكن له الا أجر مثله بالغا ما بلغ ومحل ذلك اذا وقع العقد ملزما ولو لأحدهما فان وقع على الخيار لكل منهما جاز العقد اذ لا عبرة بالغرر مع الخيار فاذا تم الاتفاق على أحد الأمرين كان هو المعقود عليه [2] .

مذهب الشافعية :

يشترط الشافعية فى الأجرة ما يشترط فى ثمن المبيع فيجب أن تكون معلومة جنسا وقدرا وصفة اذا لم تكن معينة فان كانت معينة كفت رؤيتها والاشارة اليها فلا تصح اجارة دار بعمارتها ولا دابة بعلفها ولاسلخ شاة بجلدها ولا طحن بر ببعض دقيقه كثلثه للجهل بثخانة الجلد وسلامته وبنعومة الدقيق وقدره ولعدم القدرة على تسليم الأجرة فى الحال .

والأجرة فى اجارة الذمة كرأس المال فى السلم لأنها فى واقع الأمر سلم فى المنافع ، ولذا يجب قبضها فى المجلس ولا يصح الابراء منها ولا أن يستبدل بها غيرها ولا يحال بها ولا يحال عليها ولا تؤجل .

أما فى اجارة العين فهى كالثمن فلا يجب قبضها فى مجلس العقد سواء أكانت دينا أم عينا معينة ، واذا كانت دينا جاز الابراء منها والاستبدال بها والحوالة بها وعليها وجاز فيها التعجيل والتأجيل بالشرط واذا أطلقت عن ذكر ذلك وجبت معجلة كثمن المبيع المطلق

(١) المواق جـ٥ ص٤٤٣ والشرح الكبير للدردير جـ٤ ص٥٠ .

(٢) الشرح الكبير جـ٤ ص٧ . والشرح الصغير للدردير جـ٢ ص١٣٤ وما بعدها .

لأن المؤجر يملكها بالعقد ولكن لا يستحق استيفاءها الا بالتمكين من العين فان تنازعا فيمن يبدأ به فالحكم فى ذلك حكم البيع واذا كانت الأجرة معينة لم يجز تأجيلها لأن الأعيان لا تقبل التأجيل وملكت فى الحال بنفس العقد كما يملك المستأجر المنفعة به فى اجارة العين ويكون ملك الأجرة ملكا مراعى فكلما مضى جزء من الزمان على السلامة ظهر أن ملك المؤجر قد استقر على ما يقابل ذلك ولا يستقر ملكها كلها الا باستيفاء المنافع كلها أو تفويتها ومتى قبض المكترى العين المكتراة وأمسكها حتى مضت مدة الاجارة استقرت الأجرة عليه وان لم ينتفع ولو لعذر منعه من الانتفاع كخوف أو مرض وذلك لتلف المنفعة تحت يده حقيقة أوحكما ، وكذلك لو كان الأجير حرا وسلم نفسه حتى مضت مدة الاجارة استقر له الأجر على مؤجره وان لم يعمل [1] ويتعين محل العقد مكانا لتسليم الأجرة الى المؤجر عينا كانت أم دينا [2] .

مذهب الحنابلة :

يشترط فى الأجر أن يكون معلوما لأنه عوض فى عقد معاوضة فلزم أن يكون معلوما كالثمن فى البيع ان كان يثبت دينا فى الذمة وكالمبيع ان كان أجرا وأن يكون معلوما بوصفه الكاشف عنه ان كان منفعة وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : من استأجر أجيرا فليعلمه أجره والعلم يكون بالرؤية مع الاشارة أو بالصفة وذلك بذكر الجنس والنوع والقدر واذا علم بالمشاهدة وكان ذا أجزاء كالصبرة — أى كونه القمح ونحوه — ولم يعلم قدره ففيه وجهان أشبههما الجواز لأنه عوض معلوم فجازت به الاجارة كما جاز به البيع ، والثانى لايجوز لأن العقد قد ينفسخ بعد تلف الصبرة فلا يدرى بكم يرجع فوجب معرفة القدر لذلك والأول أولى ، وكل ما جاز ثمنا فى البيع جاز عوضا فى الاجارة ولذا جاز أن يكون الأجر عينا أو منفعة ، واذا كان منفعة جاز أن يكون من جنس المنفعة المعقود عليها كسكنى دار بسكنى دار أخرى وجاز أن يكون من غير جنسها كسكنى دار بزراعة أرض وجازت الاجارة بطعام موصوف ولم تجز الاجارة على سلخ بهيمة بجلدها لأنه لا يدرى أيخرج سليما أم معيبا ثخينا أم رقيقا فان سلخت وجب أجر المثل ، ولو استأجر راعيا لرعى غنم بثلث لبنها أو صوفها لم يجز نص عليه أحمد لأن الأجر غير معلوم وليس هذا كدفع دابة الى من يعمل عليها بنصف ربحها لأنه انما جاز تشبيها بالمضاربة لأنها عين تنمى بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء لمالكها ، والأمر فى الغنم ليس كذلك لأن النماء الحاصل فى الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها فلم يجز الحاقه بذلك ولكن ان استأجره على رعيها مدة معلومة بنصفها صح لأن العمل والأجر كلاهما معلوم ويكون النماء بينهما بحكم الملك لأنه ملك الجزء الذى جعل أجرا منها فى الحال فكان له نماؤه ، واختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيرا بطعامه وكسوته أو جعل له أجرا وشرط معه طعامه وكسوته فقد روى عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك واسحاق وروى عن أبى بكر وعمر وأبى موسى رضى الله عنهم أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم وروى عنه أيضا أن ذلك انما يجوز

(١) نهاية المحتاج جـ٥ ص٣٢٢ .
(٢) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٦٣ .

فى الظئر فقط دون غيرها واختاره القاضى وروى عنه رواية ثالثة هى أن ذلك لا يجوز بحال لا فى الظئر ولا فى غيرها للجهالة ، وفى اغاثة اللهفان [١] : يجوز استئجار الدابة بعلفها والمرضع بنفقتها وهو مذهب مالك ومنعه الشافعى وجوزه أبو حنيفة فى المرضع دون غيرها ، ولا بأس فى الاستئجار على حصد الزرع بجزء مشاع منه وتجوز الاجارة اذا كان الأجر معلوما بالعرف والعادة وان لم يذكر فى العقد ، فمن دفع ثوبه الى خياط ليخيطه أو قصار ليقصره من غيره عقد بلفظ ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول له خذ هذا فخطه أو اقصره وأنا أعلم أنك انما تعمل ذلك بالأجر وكان الخياط أو القصار محترفين لذلك ففعلا فلهما الأجر المعتاد لأن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القبول فصار كما لو دخل حماما أو جلس فى سفينة فنقلته اذ شاهد الحال يقتضيه فحل ذلك محل الاتفاق بالعبارة ، فأما اذا لم يكونا محترفين لذلك لم يستحقا الأجر الا بالشرط أو بالتعريض به لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد فكان العمل تبرعا نص على ذلك احمد ، واذا قال شخص لخياط : ان خطت هذا الثوب اليوم فلك ربع دينار وان خطته غدا فلك نصف ذلك لم تصح الاجارة لأن العقد واحد تردد العوض فيه بين أمرين فثبتت فيه الجهالة وتجب الأجرة بنفس العقد فتثبت فى الذمة وان تأخرت المطالبة بها كالثمن والصداق سواء أكانت فى اجارة عين أم فى اجارة ذمة ويجوز اشتراط تأجيلها أو تعجيلها اذا كانت دينا كما يجوز العقد دون اشتراط تأجيل أو تعجيل [٢] .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم فى المحلى : وتجوز الاجارة بكل ما يحل ملكه وان لم يحل بيعه كالكلب والهر والماء والثمرة التى لم يبد صلاحها والسنبل الذى لم ييبس فتستأجر الدار بكلب معين أو كلب موصوف فى الذمة أو بثمرة قد ظهرت ولم يبد صلاحها وبماء موصوف فى الذمة أو معين محرز أو بهر كذلك ، وقياس الاجارة على البيع فى ذلك باطل [٣] واجارة المنفعة بالمنفعة جائزة كمن أجر سكنى دار بسكنى دار أخرى أو خدمة عبد بخدمة عبد آخر أو سكنى بخدمة أو بخياطة فكل ذلك جائز اذ لم يأت نص بالنهى عن ذلك وهو قول مالك خلافا لأبى جنيفة الا أن تختلف المنفعتان وكذلك الدواب ويستحق من الكراء بقدر ما قطع من الطريق لأن العمل الذى هو محل العقد محدود ، وقال مالك : لاكراء الا أن يبلغ الغاية وهذا خطأ لأنه تسخير بلا أجرة وبلا طيب نفس وهذا لا يعضده قرآن ولا سنة ولا قياس وليس له وجه ، ولا تجوز الاجارة الا بمضمون مسمى محدود فى الذمة أو بعين معينة متميزة معروفة الحد والمقدار وقال مالك : يجوز كراء الأجير بطعامه واحتج بخبر أبى هريرة : كنت أجيرا لابنة غزوان بطعام بطنى وعقبة رجلى .

(١) جـ٢ ص ٣٠ مطبعة انصار السنة .

(٢) المغنى جـ٦ ص٩ وما بعدها وكشاف القناع جـ٢ ص٢٨٦ وما بعدها ص٣١٨ ومنتهى الارادات جـ١ ص ٤٧٧ مطبعة انصار السنة .

(٣) المحلى جـ٨ مسألة ١٣٠٠ ، ١٣١٥ ، ١٣٢٠ ، ١٣٢٦ .

قال أبو محمد : وهذا لا دليل فيه فقد يكون هذا تكارما من غير عقد والا فمقدار الأجر ها هنا مجهول لاختلاف الناس فى الأكل اختلافا متفاوتا .

مذهب الزيدية :

ويشترط فى الأجرة العلم بها ويكون العلم بها بالاشارة اليها أو ببيان جنسها ونوعها وقدرها وكل ما يعلم به الثمن فى البيع ويصح أن تكون عينا معينة وأن تكون دينا فى الذمة ويصح أن تكون منفعة مثل أن يستأجر دارا سنة بزراعة قطعة أرض معينة سنة ، فان اختلفت المنفعتان فذلك جائز باتفاق أئمة الزيدية وان كانت من جنس واحد كسكنى دار بسكنى دار أخرى فالمذهب جواز ذلك وهو قول القاسم ويحيى ، وجاء فى الكافى عن أكثر الأصحاب : أن ذلك لا يجوز وما يصلح أن يكون ثمنا فى البيع يصلح أن يكون أجرة فى الاجارة وما لا يصلح ثمنا لا يصلح أجرة وقال الصادق والناصر : لا تصح اجارة الأراضى بالطعام وتملك الأجرة فى الاجارة الصحيحة بالعقد ، وجاء فى شرح الابانة أنها لا تملك بالعقد بل لا بد من القبض وسيأتى تفصيل ذلك ، ويصح الاستئجار على حمل طعام ببعض المحمول كنصفه أو ثلثه وعلى رعى الغنم بثلثها نص على ذلك الهادى ، وروى عن على فى المنتخب وقال زيد بن على والناصر : لا يصح لأنها اجارة على حمل ملك نفسه وملك غيره ، أما لو استأجره على حمل نصف هذا الطعام بنصفه فلا خلاف فى صحة ذلك ، ولو استأجر من ينسج له غزلا بنصف المنسوج بعد العمل لم يصح ، ذكره الهادى وعلى [1] .

الشيعة الامامية :

الأجرة لازمة فى عقد الاجارة وركن فيه ويشترط أن تكون معلومة بالوزن أو الكيل فيما يدخلانه بعد معرفة جنسها ونوعها أو المشاهدة مع الاشارة وفى الاكتفاء بالمشاهدة عن بيان مقدارها بالكيل أو بالوزن فيما يدخلانه اشكال وجزم الشيخ بجواز الاكتفاء بها وما جاز أن يكون ثمنا فى البيع جاز عوضا فى الاجارة فجاز أن تكون الاجارة عينا أو منفعة اختلف جنسها مع المنفعة المعقود عليها أو اتفق كسكنى دار بسكنى دار أخرى وكاستخدام بسكنى وجاز فيها الاطلاق بشرط وصفها وصفا يرفع الجهالة ، وأن تكون معينة موصوفة معلومة المقدار ، وجازت بطعام موصوف ، واستئجار دار بعمارتها جائز مع التعيين والا فلا،واستئجار سلخ شاة بجلدها لا يجوز ، وقال الشيخ : يجوز ، واستئجار على رعى غنم مدة معينة بنصفها أو بشاة معلومة منها جائز ، والنماء بين العاقدين من حين العقد على النسبة ، وفسدت لو استأجر بلبنها أو نسلها كما يفسد استئجار الأجير بطعامه وكسوته سواء أكان ظئرا أم غيرها ، ولو عين الطعام والكسوة بما يرفع الجهالة جاز بشرط تعيين وقت الدفع ، واستئجار الدابة بعلفها جائز ان عين والا لا ، ولو استأجره لحصد الزرع بجزء معلوم منه كالسدس

(١) شرح الأزهار جـ٣ ص٢٥٥ وما بعدها وص٢٨٧ وما بعدها .

جاز وكذلك اذا استأجر الطحان بالنخالة أو بقفيز منها فان ذلك جائز ، واذا استأجر الخياط لخياطة ثوب بدرهم ان خاطه اليوم وبنصف درهم ان خاطه الغد فللشيخ فى صحة هذه الاجارة قولان أحدهما الجواز ، وله المسمى ، وثانيهما الجواز فى اليوم الأول والفساد فى اليوم الثانى فله فيه أجر المثل لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم ، ولو قيل بالبطلان فيهما وثبوت أجر المثل كان وجيها [١] .

مذهب الأباضية :

يشترط الأباضية لصحة الاجارة العلم بالأجرة كما يشترطون العلم بالمنفعة المعقود عليها لأنهما عوضان فى عقد معاوضة يعتمد على التراضى ويجوز أن يكون الأجر عملا على عمل من جنسه أو من غير جنسه كاجارة على حرث أرض بحرث أرض أخرى فى زمن آخر واجارة على حرث أرض بحفر بئر ، ومنع أصحاب الديوان أن يكون الأجر منفعة وقالوا لا يجوز الكراء الا بكيل معلوم مما يكال أو يوزن أو يعد أو يمسح كالأرض أو بما يشاهد وان جهل كيله أو وزنه أو عدده أو مساحته مع العلم بنوعه والا لم يجز ، وكل ما يجوز البيع به تجوز به الاجارة ويجوز فى الأجر أن ينقد وقت العقد وأن يؤخر نقده عنه ، واذا كان على عمل كان نقده بعد الفراغ منه الا اذا كان منجما فعلى نجومه كأن يقول المؤجر : كل يوم بكذا أو كل شهر أو كل متعدد من ذلك فاذا تمت مدة نقدت أجرتها ، ولا تجوز الاجارة بالمجهول غير الحاضر كالثياب والأوانى [٢] ، ومن الاباضية من أجاز بيع المنافع ومن استؤجر بعمل معين على أنه ان عمله اليوم فأجره دينار وان عمله غدا فأجره نصف دينار سواء اقتصر على ذلك أم زاد فقال وان عملته بعد غد فلك ربع دينار أو قال له المؤجر ان عملته اليوم فلك هذه الدابة ، وان عملته غدا فلك هذه الدابة مشيرا الى أخرى أو قال له المؤجر : ان ركبت هذه الدابة الى بلدة كذا فالأجر نصف دينار وان ركبتها الى بلدة كذا وهى أبعد من الأولى فالأجر دينار ففى جواز ذلك وعدم جوازه قولان كما هو حكم ذلك فى البيع يخير فيه بين سلعتين بثمنين والمختار المنع كما فى البيع .

تأجيل الأجر وتعجيله

اذا كان عقد الاجارة خاليا مما يدل على وجوب تعجيل الأجر أو تأجيله ولم يكن عرف يوجب تأجيلا أو تعجيلا فان استحقاق المؤجر للأجرة لا يثبت الا عند استيفاء المستأجر المنفعة المعقود عليها عند الحنفية على الوضع الذى سنبينه ولكن اذا عجلها المستأجر فى هذه الحال فدفعها الى المؤجر فانه يتملكها فى جميع الأحوال دون انتظار لاستيفائه المنفعة ولم يكن له حينئذ أن يستردها وذلك محل اتفاق بين جميع المذاهب ، واذا شرط فى عقد الاجارة تعجيل الأجرة صح هذا الشرط ولزم ووجب

(١) تحرير الاحكام جـ٢ ص٢٤٤ ، ٢٤٥ .

(٢) شرح النيل جـ٥ ص٤٥ ، ص٤٧ ، ص٦٣ وما بعدها .

الوفاء به اذا كان العقد منجزا وعندئذ يكون للمؤجر أن يمتنع من تسليم العين المستأجرة الى أن تؤدى اليه الأجرة المشترط تعجيلها سواء أكانت دينا أم عينا معينة فان لم تؤد اليه كان له حق طلب فسخ الاجارة بسبب ذلك ويتملكها ستأجر حينئذ بالشرط فتكون ملكا له منذ انشاء العقد ، ولا يعد هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد بالنظر الىأنه عقد معاوضة يقتضى المساواة بين البدلين فى ثبوت الملك فى كل منهما فى وقت واحد لأن ذلك انما يكون عند خلوه من شرط التعجيل، أما عند اشتراطه فمقتضاه معاوضة بشرط التعجيل اعتبارا بشرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم : المسلمون عند شروطهم ويكون اشتراط التعجيل اسقاطا لحقه فى المساواة بين البدلين كاشتراط تأجيل الثمن فى البيع يعتبر اسقاطا لحقه فى قبض الثمن حالا ويكون للمؤجر حينئذ أن يحتبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفى الأجر وهذا ماذكره الكرخى فى جامعه اعتبارا بحق البائع فى حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن لأن المنافع فى الاجارة كالمبيع فى البيع ، والأجر فى الاجارة كالثمن فى البيع ، ولا يقال : لافائدة فى هذا الحبس لأن الاجارة اذا وقعت على مدة وحبس المؤجر العين بطلت الاجارة فيها أو فى مدة حبسها اذ أن حبسها وسيلة الى أدائها ، فاذا أصر المستأجر على عدم الأداء كان للمؤجر الفسخ ويلاحظ أن هذا لايجرى فى الاجارة على المسافة فيما اذا أجر دابة مسافة معلومة لأنه لا يترتب على حبس الدابة انتهاء مدةتبطل بفواتها الاجارة وانما يترتب عليه اتخاذه حاملا على أداء الأجرة على وفق الشرط والا كان للمؤجر حقالفسخ

وكذلك يكون للأجير اذا لم تسلم اليه الأجرة فى هذه الحال أن يمتنع عن العمل المعقود عليه حتى يستوفى أجرته طبقا للشرط ويكون له حق الفسخ اذا لم تؤد اليه أما فى الاجارة المضافة فان اشتراط تعجيل الأجر فيها غير صحيح ولا يترتب عليه أثر لأنه فى هذه الحال يتنافى مع ما صرح به فى العقد بالنظر الى اضافته اذ معنى اضافته ارجاء آثاره ومن آثاره قبض الأجرة واستحقاقها فيكونان مرجأين باضافته الى وقت الاضافة واشتراط التعجيل مخالفة لذلك المعنى والغاء له ولأن العقد المضاف الى وقت لا يكون موجودا بالنظر الى آثاره قبل حلول ذلك الوقت ولا يجوز أنيتغير معناه هذا بالشرط فيعد موجودا موجبا لتعجيل الأجرة فى حين أنه غير موجود فلا يصح الشرط لذلك والشروط الفاسدة تفسد عقد الاجارة وعند عدم الاضافة لا يجب تعجيل الأجر لاقتضاء العقد المساواة بين العوضين وهو فى هذه الحال ليس بمضاف صريحا فيبطل هذا عند التصريح بخلافه وذلك باشتراط التعجيل واذا شرط تأجيل الأجرة صح ذلك الشرط سواء أكانتالاجارة منجزة أم مضافة غير أنه يلاحظ ألا يكون مع اشتراط تأجيلها حال اضافتها ما يستوجب تعجيلها الى وقت قبل الوقت الذى أضيفت اليه لما تقدم بيانه ويجوز فى هذه الحال أن يكون تأجيلها الى ما بعد انقضاء مدة الاجارة اذ أن ذلك يتسق مع مقتضى العقد فيما ذهب اليه الامام لأن الأجرة لا تجب عنده الا فى آخر المدة فلا حرج أن تؤجل الى ذلك الوقت أو بعده وكذلك الوضع على القول بأنها انما تجب شيئا فشيئا لأنها فى وضعها كالثمن فى

البيع يجوز فيه التأجيل الى الوقت الذى يتم الاتفاق عليه ومقتضى قولهم أن الأجرة فى الاجارة اذا كانت عينا كانت كالمبيع فى البيع أنها لا تقبل التأجيل فى هذه الحال الى مابعد استحقاقها واذا عجلت الأجرة فى هذه الحال صح ذلك لأن التأخير فى أدائها انما ثبت حقا للمستأجر باشتراطه فيملك ابطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله ولأن العقد سببلاستحقاق الأجرة فاذا مااستحقت بالتعجيل فقد استحقت بعد انعقاد سبب الاستحقاق وتعجيل الحكم قبل الوجوب وبعد وجود سبب الاستحقاق جائز واذا لم يكن شرط وكان عرف وجب اتباع العرف فاذا اقتضى تأجيلا أو تعجيلا كان الأمر كما يقتضى [1] ، وقد سبق بيان مذهب المالكية عند كلامنا على الأحكام المتعلقة بالاجارة اذا ما كانت الأجرة دينا أو عينا .

مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية الى وجوب قبض الأجرة فى مجلس العقد فى اجارة الذمة وهى اجارة موصوف من دابة ونحوها لحمل أو ركوب ونحو ذلك أو عامل لالزامه فى ذمته بعمل من الأعمال كخياطة وبناء لأن الأجرة فى هذه الحال كرأس مال فى سلم اذ أن الاجارة فى مثل ذلك تعد سلما فى المنافع فيجب قبضها فى المجلس و لايصح الابراء منها ولا آن يستبدل بها ولا يحال بها ولا عليها ولا يجوز تأجيلها سواء تأخر العمل فيها عن العقد أم لا . وأما فى اجارة العين كما فى اجارة معين من عقار أو حيوان ونحوها فهى فى الحكم كثمن فى البيع فلا يجب قبضها فى المجلس معينة كانت أو دينا ويجوز أن تشغل بها الذمة كما يجوز حينئذ الابراء منها والاستبدال عنها والحوالة بها وعليها واشتراط تعجيلها واشتراط تأجيلها ان كانت دينا اذ أنها فى حكم الثمن فان كانت معينة لم يجز تأجيلها لأن الأعيان لا تقبل التأجيل [2] .

مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة الى أن المؤجر يملك الأجرة كاملة فى وقت العقد الا أن يكون شرط بتأجيلها ، جاء فى المغنى فى كلامه على أحكام الاجارة : الحكم السادس : اذا شرط تأجيل الأجر فهو الى أجله وان شرط منجما يوما يوما أو نحو ذلك فهو على ماتم الاتفاق عليه لأن اجارة العين كبيعها وبيعها يصح بثمن حال أو مؤجل فكذلك اجارتها [3] .

مذهب الزيدية :

ويرى الزيدية جواز اشتراط تعجيل الأجرة فى الاجارة واشتراط تأجيلها [4] ، واذا لم يشترط فيها تأجيل ولا تعجيل وجبت باستيفاء المنفعة .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى لابن حزم : ولا يجوز اشتراط تعجيل الأجرة ولا تعجيل شىء منها ولا اشتراط تأخيرها الى أجل و لاتأخير شىء منها كذلك ولا يجوز أيضا اشتراط تأخير الشىء المستأجر ولا تأخير العمل المستأجر له طرفة عين فما فوق ذلك لأنه شرط ليس فى

---

(١) البدائع جـ١ ص٢٠٢ و٢٠٣ و٢٠٤ وتبيين الحقائق للزيلعى جـ٥ ص١٠٨ ، ص١٠٩ .

(٢) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٦١ وما بعدها .
(٣) المغنى جـ٦ ص٤ ، ١٦ .
(٤) شرح الأزهار جـ٣ ص٢٨٧ ، ٢٨٨ .

كتاب الله فهو باطل ومن هذا استئجار دار مكتراة أو عبد مستأجر أو دابة مستأجرة أو عمل مستأجر أو غير ذلك كذلك قبل تمام الاجارة التى هو مشغول فيها لأن فى هذا العقد اشتراط تأخير قبض الشىء المستأجر أو العمل المستأجر له وقد أجاز بعض الناس اجارة ما ذكرنا قبل انقضاء مدته باليومين ومنع عند الأكثر وهذا تحكم فاسد ودعوى باطلة بلا برهان وليس الا حراما فيحرم جملة أو الا حلالا فيحل جملة ، وقالوا : هو فى المدة الطويلة غرر ، فقلنا : وهو أيضا فى الساعة غرر ، ولا فرق اذ لا يدرى أحد ما سيحدث بعد طرفة عين الا الله تعالى وأيضا فيكلفون الى تحديد المدة التى لا غرر فيها والمدة التى فيها غرر وأن يأتوا بالبرهان على ذلك والا فهم قائلون فى الدين ما لاعلم لهم به فان تأخر كل ذلك بلا شرط فلا بأس به [١] .

مذهب الشيعة الامامية :

يملك المؤجر الأجرة بمجرد العقد مع خلوه من شرط التعجيل أو التأجيل كما يملكها كذلك بالعقد مع اشتراط التعجيل سواء أكان محل العقد منفعة فى الذمة أو منفعة عين معينة ولا يشترط فى ذلك استيفاء المنفعة ولا مضى وقتها ، واذا كانت الاجارة على عمل ملك المؤجر الأجر بالعقد أيضا وفى استحقاق قبضه قبل العمل نظر ، واذا اشترط تأجيل الأجر صح الشرط أن يكون الأجل مضبوطا ولو شرطه منجما يوما بيوم أو شهرا بشهر مثلا جاز ولو خالف فى توقيت النجوم صح أيضا بشرط الضبط [٢] .

(١) المحلى جـ٨ مسألة ١٢٩٠ ص١٨٣ .
(٢) تحرير الأحكام جـ٢ ص٢٥٣ .

مذهب الأباضية :

ذهب الاباضية الى جواز تأجيل الأجر بشرط أن يكون الأجل معلوما كما ذهبوا الى جواز الاجارة على أن يكون العمل والأجر الى أجل معلوم أو على أن يكون العمل الى أجل معلوم وأن يكون الأجر غير مؤجل بل ينقد فكل ذلك جائز على ما اتفق عليه العاقدان [٣] وجاء فى شرح النيل أيضا أن ما قيل من أن عدم قبض الأجر فى مجلس العقد يؤدى الى الشبه ببيع الدين بالدين ، وأن ذلك يوجب بطلان العقد حينئذ نظر ضعيف للاجماع على جواز الاجارة بلا قبض ولم نر أحدا منعها أو أبطلها اذا لم يحدث فى المجلس قبض وفى الأثر من عمل بالاجارة الى أجل جاز ولو عمل ذهبا أو فضة بوزن من الذهب أو الفضة لأنه عمل لا يدخله الربا [٤] :

٥ — الاجارة — صفتها — حكمها :

الاجارة قد تكون صحيحة ، وقد تكون غير صحيحة ـ فالصحيحة هى ما توافرت فيها جميع شروط انعقادها وصحتها وكذلك شروط نفاذها على ماذهب اليه الشافعية ومن رأى رأيهم وغير الصحيحة خلافها ، ومرد ذلك الى اختلاف اصطلاح الفقهاء فيما يعد صحيحا من العقود وما يعد غير صحيح منها فالحنفية ومن يرى رأيهم يرون أن العقد الصحيح هو ما كان سببا صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه ، وذلك عندما يتحقق معناه وتسلم أركانه ومحله ولم يعرض له من الأوصاف ما يجعله منهيا عنه شرعا ، وغير الصحيح ما كان على خلاف ذلك فأصابه الخلل بنقص بعض أركانه أو لعدم وجود

(٣) شرح النيل جـ٥ ص٤٩ ، ٥٠ .
(٤) شرح النيل جـ٥ ص١٤٣ .

محله أو لانتفاء معناه أو لعدم سلامته مما اقتضى كراهة الشارع له فنهى عنه ، غير أن الحنفية يقسمون غير الصحيح قسمين : فاسد وباطل فان كان عدم صحته لخلل فى أركانه أو محله أو لانتفاء معناه كان هو الباطل وان كان لصفة فيه كرهها الشارع فنهى عنه فهو الفاسد ويقولون أنه ماشرع بأصله لا بوصفه وغير الحنفيـة لا يفرقون فى الحـكم بين الحالين ، وعلى هذا الأساس ذهب الحنفية الى أن الاجارة قد تكون صحيحة وقد تكون فاسدة وقد تكون باطلة ولكل نوع من هذه الأنواع حكمه وذهب غيـرهم الى أنها اما صحيحة واما غير صحيحة ولكل من هذين النوعين حكمه « راجع مصطلح عقد » .

الاجارة الصحيحة :

صفتها :

جمهور الفقهاء على أنها عقد لازم ما عدا بعض الاباضية وشريح وغيرهم ممن سيأتى ذكرهم فقد كان شريح يرى أنه يفيـد اباحة لا ملكا والاباحة لا توصف باللزوم ولذا كان يرى جواز فسخها بلا عذر من أحـد طرفيها أما من يرى لزومه من الفقهـاء فيـرى أنه لا يجوز لأحد عاقديه أن يستبد بفسخه وانما يفسخ باتفاقهما وهـذا ما يسمى بالاقالة ، ويكون لازما اذا ما خلا من الخيارات التى تجيز فسخه كخيار الشرط والرؤية والعيب انظـر مصطلح « خيار » وفيما يلى بيـان المذاهب فى ذلك .

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن عقد الاجارة عقد لازم فاذا اقترن القبول فيه بالايجاب تم العقدولزم ولم يجز لأحد العاقدين أن ينفرد بفسخه متى كان خاليا من خيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيـار العيب أو غيـرها من الخيارات وما يستوجب فسخه من الأعذار التى سـيأتى بيانها غير أنه اذا كان مضافا كأن يؤجره داره التى فى جهة كذا ابتداء من السنة التى تلى سنة العقد فقد اختلف الحنفية فى لزومها قبل مجىء وقت اضافتها ، ذهب بعضهم الى أنها تكون لازمة فلا يملك المؤجر أن يتصرف فى العين المستأجرة بمجرد تمام العقد باخراجه عن ملكه وذهب آخرون الى عـدم لزومها فأجاز أن يتصرف فى العـين المؤجـرة بما يخرجها عن ملكه والقولان مصححان كمـا جاء فى الدر المختار ونقـل ابن عابدين عن الخانية « لو كانت الاجارة مضافة الى الغير ثم باع من غيره قال فى المنتقى فيه روايتان والفتوى على أنه يجوز البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيارالحلوانى ثم قال:والظاهر عدم لزومها من الجانبين لا من جانب المؤجر فقط فلكل فسخها كما هو مقتضى اطلاقهم»[١]

مذهب المالكية :

ويرى المالكية أنها عقد لازم كالبيع متى كان العاقد لها رشيدا مكلفا سـواء أكانت منجزة أم مضافة [٢] فقد جاء فى الشرح الصغير وشرط لزومها التكليف والرشد والطوع [٣] .

مذهب الشافعية :

ويرى الشافعية أنها عقد لازم كذلك فلا يستقل أحد العاقدين بفسخها .

---

(١) البدائع جـ٤ ص٢٠١ والدر المختار وابن عابدين جـ٥ ص٦٦ .

(٢) الشرح الكبير والدسوقى عليه جـ٥ ص٣ .

(٣) جـ٢ ص٢٣٢ .

مذهب الحنابلة :

يرى الحنابلة — أنها عقد لازم أيضا فقد جاء فى المغنى : والاجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسخها لأنها عقد معاوضة كالبيع سواء أكان له عذر أم لا[١] — ولذا يلزم مؤجر العين بتسليمها الى مستأجرها ويلزم الأجير بالعمل الذى استؤجر عليه فاذا هرب الأجير أو شردت الدابة أو هرب بها المؤجر لم تنفسخ الاجارة وانما يثبت للمستأجر خيار الفسخ فان فسخ فلا كلام وان لم يفسخ وعادت العين فى أثناء المدة كان له أن ينتفع بها ليستوفى ما بقى له واذا كانت الاجارة على عمل فى الذمة استؤجر من مال الأجير من يقوم به فان تعذر كان للمستأجر الفسخ[٢] .

مذهب الظاهرية :

ويرى ابن حزم من أهل الظاهر — أنها عقد لازم كذلك فقد جاء فى المحلى : وقد روى عن شريح والشعبى وصح عنهما أن كل واحد من طرفيها ينقض الاجارة اذا شاءقبل تمام المدة وان كره الآخر وكانا يقضيان بذلك ولا نقول بهذا لأنه عقد عقداه فى مال يملكه المؤاجر فهو مأمور بانفاذه وكذلك معاقده ما داما حيين ومادام ذلك الشىء فى ملك من أجره[٣] .

مذهب الزيدية :

ويرى الزيدية — أنها عقد لازم يجبر الممتنع عنه على المضى فيه والوفاء لصاحبه بما يستحقه ولا ينفسخ بموت أحدهما[٤] .

(١) المغنى جـ٦ ص٢٠ .
(٢) كشاف القناع جـ٢ ص٣٠٩ .
(٣) جـ٨ ص١٨٨ .
(٤) التاج المذهب جـ٣ ص١١٢ ، ١١٩ .

وجاء فى شرح الأزهار : — ان الأصم وابن علية والنهروانى والقاسانى يرون أنها عقد غير لازم[٥] .

مذهب الامامية :

يرى الشيعة الامامية — أنها عقد لازم أيضا فقد جاء فى تحرير الأحكام[٦] : وهى عقد لازم من الطرفين ولا يبطل الا بالتقايل أو أحد الأسباب الموجبة للفسخ كوجود عيب فى الأجر المعين أو فى العين المستأجرة أو افلاس المستأجر له ولا تنفسخ بالأعذار .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل : هل عقد الاجارة لازم كالبيع والرهن سواء قبضت الأجرة أم لم تقبض شرع فى العمل أم لم يشرع فيجبر لذلك الأجير على العمل والمستأجر على نقد الأجرة؟ هذا هو الظاهر بالنظر الى القياس على سائر العقود وللأمر بالوفاء بالعهود ، وقيل هو جائز — أى غير لازم — ولكل من العاقدين الرجوع فيه ولو بعد قبض الثمن والدخول فى العمل ما لم يتمه وهو ظاهر قول أبى زكريا فى كتاب الأحكام وقيل اذا قبضت الأجرة لزم العقد ولو لم يدخل فى العمل ويجبر حينئذ على العمل وقيل اذا دخل فى العمل لزم العقد ولو لم ينقد الأجرة وقيل اذا دخل فى العمل ونقد الأجرة لزم .

وفى الديوان : فتحصل فى عقد الاجارة انه لازم مطلقا أو جائز مطلقا وهو المعمول به فى بلادنا أو لازم بالشروع فى العمل أو

(٥) شرح الأزهار جـ٣ ص٢٤٨ .
(٦) جـ٢ ص٢٣١ .

بالشروع فى العمل مع قبض الأجر أو لازم بالقبض ولو بلا شروع أقوال ثم قال والصحيح عندى القول باللزوم مطلقا [١] .

حكمها :

مذهب الحنفية :

الاجارة اما صحيحة واما فاسدة واما باطلة .

حكم الصحيحة :

اذا ما استوفت الاجارة شروط نفاذها فنفذت ترتب عليها آثارها الآتية ، وقبل ذكر هذه الآثار نلخص ما ذكره الحنفية فى حكم الاجارة المطلقة فقد قالوا ان حكمها لا يثبت بنفس العقد لأن العقد فى حق الحكم ينعقد على حسب حدوث المنافع فكان العقد فى حقه مضافا الى حين حدوث المنفعة فيثبت حكمه عند ذلك ، ولأن المنفعة لا تحدث فى وقت واحد بل تحدث متجددة بتجدد الزمن كان ثبوت الحكم أيضا على هذا الوضع وكان عقد الاجارة بمثابة عقود متجددة بتجدد المنافع والزمن ومن ثم لم يكن لمستأجر العين اذا ما أخر مالكها تسليمها اليه فلم يسلمها الا بعد مضى بعض المدة أن يمتنع عن تسلمها فى باقى المدة للانتفاع بها الا اذا ترتب على ذلك ضرر بأن كان له غرض صحيح فى انتفاعه بالعين فى الجزء المنقضى من المدة [٢] .

أما الآثار التى وعدنا بذكرها فهى .

أولا — تسليم البدلين — المنفعة والأجر — اما تسليم المنفعة التى هى محل العقد فانه يتم بتسليم العين التى وقع عليها العقد أو التى تطلب منها المنفعة فى اجارة الأعيان كما فى اجارة الدور والدواب والآلات والثياب وتقوم التخلية بين العين وبين المستأجر مقام تسليمها اليه حيث لا يكون مانع من أن يتسلمها تسلما يؤدى الى الانتفاع بها كما يتم أيضا بتسليم العين محل العمل المستأجر عليه منفذا فيها العمل فى اجارة الأجراء المشتركين وبتسليم الأجير الخاص نفسه فى اجارة الأجراء الوحديين — أى الخاصين — ويجب أن يتم ذلك اثر العقد اذا ما كانت الاجارة منجزة ولم يكن فيها خيار شرط فان كانت مضافة وجب ذلك الأثر عند مجىء الوقت الذى أضيفت اليه وان كان فيها خيار شرط وجب عند انتهاء الخيار ويكون تسليم محل العقد وهو المنفعة ابتداء على الوجه الذى شرحناه متى لم يكن هناك شرط بتعجيل الأجرة أما اذا شرط تعجيل الأجرة فلا يحق ذلك التسليم الا بدفع الأجرة فعلا [٣] .

وأما تسليم الأجرة فان كان هناك شرط بتعجيلها أو بتأجيلها لزم فلا تسلم الا فى موعدها على حسب الشرط فاذا شرط تعجيلها وجب البدء بتسليمها الى المؤجر وكان له أن يمتنع من تسليم العين المطلوبة منفعتها كما يكون للأجير أن يمتنع من العمل حتى تؤدى الأجرة اليهما تنفيذا للشرط لأنهما لما شرطا تعجيل

---

(١) شرح النيل جـ٥ ص٩٩ ، ص ١٤٣ .
(٢) البدائع جـ٤ ص١٧٩ .
(٣) بدائع جـ٤ ص٢٠٤ .

الأجرة لزم اعتبار شرطهما لحديث : المسلمون عند شروطهم ، وتملك المؤجر أو الأجير البدل كما قدمنا وجاز تصرفه فيه بالهبة والابراء والشراء وبكل تصرف يملكه البائع فى الثمن واذا شرط تأجيلها صح الشرط ووجب على المؤجر أن يسلم الى المستأجر ما وقع العقد عليه دون أن يكون له حق فى طلب الأجرة الا حين يحل وقت دفعها كما يجب على الأجير العمل كذلك دون طلب للأجرة ويلاحظ أن شرط التعجيل فى الاجارة المضافة شرط فاسد على ما بيناه سابقا لمخالفته لمقتضى العقد وانه لذلك يكون مفسدا للعقد ، اما اذا لم يكن فى العقد شرط يقضى ذلك فكان العقد مطلقا فان الأجرة يجب تسليمها حينئذ عند استحقاقها للمؤجر أو للأجير وهى لا تستحق الا بتملكها وذلك ما سيأتى بيانه فيما يلى . وعندئذ يجب البدء بتسليم ما وقع عليه العقد فيجب على المؤاجر تسليم العين المستأجرة ويجب على الأجير تسليم نفسه أو الوفاء بالعمل المطلوب منه وهذا اذا كانت الاجارة منجزة أما اذا كانت مضافة فلا يتأتى فيها اشتراط التعجيل للأجرة لما مر وانما يصح فيها التأجيل الى ما بعد انتهاء الاجارة أو الاطلاق وفى هذين الحالين يكون حكم تسليمها هو نفس الحكم فى الاجارة المنجزة عند التأجيل أو الاطلاق.

ثانيا — ملك المنفعة والأجرة ، أما ملك المنفعة فلا يجب بالعقد وحده لأن المنافع معدومة والمعدوم لايملك وانما يتحقق بالعقد عند استيفائها لأن ذلك هو وقت وجودها فكلما استوفى المستأجر قدرا من المنافع تملكه ولهذا كان حكم عقد الاجارة بالنسبة للتملك مرجأ الى وقت الاستيفاء سواء فى المنجزة والمضافة — أما ملك الأجرة فانما يثبت عند تملك المنفعة أو عند تعجيلها أو عند اشتراط تعجيلها فالأجرة عند الحنفية لا تملك بالعقد الا بأحد معان ثلاثة ، أحدها : شرط تعجيلها فى العقد ثانيها : تعجيلها من غير اشتراط ثالثها : استيفاء ما يقابلها وهو المعقود عليه .

فأما تملكها باستيفاء ما يقابلها من المعقود عليه فلأن عقد الاجارة عقد معاوضة ومقتضى المعاوضة المطلقة عدم ثبوت الملك فى أحد العوضين دون الآخر فاذا لم يثبت فى أحدهما لم يثبت فى الآخر اذ لو ثبت فيه لم تكن المعاوضة حقيقية اذ لا يقابله حينئذ عوض والمساواة فى عقود المعاوضات مطلوبة للعاقدين ولا مساواة الا بثبوت الملك فى العوضين فى وقت واحد ولما كانت المنفعة معدومة عند انشاء العقد ولم يثبت الملك فيها عند انشائه لذلك لم يثبت أيضا فى الأجرة فى الحال كدين فى ذمة المستأجر ان كان الأجر غير عين كما يثبت فيها فى الحال ان كانت عينا تحقيقا للمساواة التى هى مقتضى المعاوضة — وقد كان أبو حنيفة يقول أولا ان الأجرة لا تجب الا بعد مضى مدة الاجارة ان كان هناك مدة أو بعد استيفاء المنفعة ان لم تكن مدة وهو قول زفر ثم رجع فقال انها تجب يوما فيوما عند وجود مدة أو حالا فحالا عند الاستئجار على قطع المسافات وهكذا،وذكر الكرخى أنه تسلم أجرة كل مرحلة اذا انتهى اليها فى قطع المسافات وهو قول الصاحبين ووجه قول الامام الأول أن منافع المدة أو المسافة من حيث أنها معقود عليها شىء واحد فما لم يستوفها كلها لا يجب شىء

من بدلها كمن يستأجر خياطا ليخيط له ثوبا فخاط بعضه فلا يستحق الأجر حتى يخيطه كله ووجه قوله الثانى وهو المشهور أن ملك البدل وهو المنفعة انما يحدث على حسب حدوثها شيئا فشيئا فكذلك ما يقابله وهو الأجر ومقتضى هذا أن تسليم الأجر يجب ساعة فساعة الا أن ذلك متعذر فاستحسن فقال يوما فيوما ومرحلة فمرحلة لأنه أيسر وعن أبى يوسف فيمن استأجر بعيرا الى مكة أنه عليه من الأجر ثلث الطريق أو نصفه اذا بلغ ذلك استحسانا ووجهه أن السير الى ثلث الطريق أو نصفه منفعة مقصودة فى الجملة فاذا وجد ذلك القدر لزمه تسليم بدله وعلى هذا يخرج ما اذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجر أو وهبه له فانه لا يجوز فى قول أبى يوسف عينا كان الأجر أو دينا وقال محمد ان كان دينا جاز ووجه قول أبى يوسف ان الأجر لم يملكه المؤاجر بمطلق العقد الخالى من شرط التعجيل ولا ابراء عما ليس بمملوك للمبرىء وكذلك لا تصح الهبة اذ هبة غير المملوك للواهب غير صحيحة ووجه قول محمد ان الابراء لا يصح الا بقول من المبرأ فاذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة الابراء ولا صحة له الا بثبوت الملك فيثبت له الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له وأيضا الابراء اسقاط واسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح المؤدى الى الموت وسبب الوجوب هنا موجود وهو العقد ولو أبرأه عن بعض الأجرة جاز فى قولهما أما على أصل محمد فانه يجوز ابراء الكل فأولى أن يجوز الابراء من البعض وأما على أصل أبى يوسف فلأن ذلك حط من الأجرة فيلحق بأصل العقد

وحط الكل لا يمكن الحاقه بأصل العقد ولا سبيل الى تصحيحه للحال لعدم الملك واذا كانت الأجرة عينا من الأعيان ووهبها المؤجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع لم يكن ذلك نقضا لعقد الاجارة عند أبى يوسف وذلك لعدم صحة الهبة لعدم الملك فالتحقت بالعدم وقال محمد ان قبل المستأجر الهبة بطلت الاجارة وان ردها لم تبطل ذلك لأن الأجرة اذا كانت عينا كانت فى حكم المبيع ومايقابلها فى حكم الثمن والمشترى اذا وهب المبيع قبل القبض من البائع فقبله يبطل البيع كذا هنا أما اذا رد المستأجر الهبة لم تبطل الاجارة لعدم تمام الهبة فاذا ردت التحقت بالعدم هذا اذا وقع العقد خاليا عن شرط تعجيل الأجرة فاما اذا شرط فيه تعجيلها فانها تملك بالشرط ووجب التعجيل وذلك لأن ثبوت الملك فى العوضين فى زمن واحد واجب لتحقق معنى المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التى هى مطلوب العاقدين فاذا شرط التعجيل لم تكن المعاوضة المطلقة هى المطلوبة بل المطلوب معاوضة معتبرة بشرط التعجيل فيجب اعتبار شرطها لقوله صلى الله عليه وسلم. المسلمون عند شروطهم فثبت الملك فى العوض قبل ثبوته فيما يقابله وللمؤجر حينئذ حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفى الأجرة ذكره الكرخى فى جامعه لأن المنافع فى باب الاجارة كالمبيع فى باب البيع والأجرة فى الاجارة كالثمن فى البيع وللبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن فكذلك للمستأجر حبس المنفعة الى أن يستوفى الأجرة المعجلة فان قيل لا فائدة فى هذا الحبس لأن الاجارة اذا وقعت على مدة فحبست فيها المنفعة بطلت الاجارة فى تلك المدة ولا شىء فيها من الأجر

فلم يكن الحبس مفيدا فالجواب ان الحبس يفيد من ناحية أنه مصاحب بطلب الأجرة فاما أن يعجل واما فسخ العقد على أن هذا لايلزم عندما تكون الاجارة على المسافة اذ لا يبطل العقد هنا بالحبس واذا شرط فى عقد الاجارة أن لا تسلم الأجرة الا بعد انقضاء مدة الاجارة أو بعد الاستيفاء فهو جائز لأنه شرط صحيح موافق لمقتضى العقد أما اذا عجل الأجرة من غير شرط فلأنه لما عجل فقد غير مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية لأن تأخيرها ثبت حقا له فيملك ابطاله بتعجيلها كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله وبالاضافة الى هذا فان تعجيل الحكم قبل الوجوب وبعد وجود سببه جائز كتعجيل الكفارة بعد الجرح المؤدى الى الموت .

وعلى الجملة فعقد الاجارة ان كان مطلقا عن شرط التعجيل والتأجيل وجب على المؤجر تسليم العين ابتداء وعلى الأجير الخاص تسليم نفسه وعلى الأجير المشترك الوفاء بالعمل لأن الأجرة لا تجب بالعقد المطلق أما ان تضمنت شرطا بتعجيل الأجرة أو تأجيلها فانه يلزم ذلك وعند اشتراط التعجيل يكون للمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المستأجرة حتى يستوفى الأجرة وللأجير الخاص أن يمتنع عن تسليم نفسه وللأجير المشترك أن يمتنع عن ايفاء العمل حتى تؤدى الأجرة وعند شرط التأجيل لا يجب تسليم الأجرة الا عند انقضاء الأجل [1] .

واذا حدث بعد ابتداء الاجارة مايحول بين المستأجر وبين انتفاعه بمقتضى عقد الاجارة بسبب ليس من قبله كغصب العين أو مرض الأجير أو انقطاع ماء رى الأرض فان الأجرة تسقط مدة عدم الانتفاع فضلا عن أن ذلك يعد عيبا يوجب خيار الفسخ لمن أصابه الضرر وهذا أصل عام عند الحنفية ومحل اتفاق بينهم وبين غيرهم من الفقهاء [2] .

مذهب المالكية :

يرى المالكية أن عقد الاجارة انما يفيد معاوضة بين المنافع وبدلها وان المنافع لا تحدث مرة واحدة بل تحدث جزءا فجزءا بحسب ما يقبض منها وما يحدث بحدوث الزمن وعلى ذلك فلا تتحقق المعاوضة بين المنافع وبدلها الا على هذا الأساس ولذا لا يملك الأجر الا على حسب ما يقبض من المنافع الا أن يكون هناك ما يوجب تقديم قبض عن شرط أو غيره .

وعلى ذلك فمذهب المالكية يقارب مذهب الحنفية فيما يترتب على عقد الاجارة من الملك فى البدلين وفى الشرح الكبير للدردير ان الأصل فى ثمن المبيع هو الحلول والأصل فى الأجرة التأجيل الا فى مسائل قاله ابن القاسم وقد ذكرنا فيما مضى ان الأجر قد يكون معينا وقد يكون غير معين وفى كلا الحالين قد يكون فى مقابلة منافع معينة أو مضمونة فى الذمة وفى كل اما أن يحدث من المستأجر أو الأجير شروع فيها أم لا وفى كل اما أن يشترط فى العقد تعجيل

---

(١) البدائع جـ٤ ص١٧٩ الى ص٢٠٣ .

(٢) تحفة المحتاج جـ٣ ص ٥١٦ .

الأجر أو لا يشترط واذا لم يشترط فقد يكون العرف جاريا بتعجيله أو لا يكون فيه عرف فهذه أحوال بينا فيها جميعها الحكم بالنظر الى صحة العقد وفساده بناء على تعجيل الأجرة وعدم تعجيلها وذلك فيما سبق وذكرنا أنه اذا لم يكن الأجر معينا ولم يشترط تعجيله ولم يجر بذلك عرف ولم تكن المنفعة التى تقابله مضمونة لم يجب فى هذه الحال تعجيله واذن فيجب مياومة فى مثل كراء العقار والرواحل والأوانى والأدوات والعمال للخدمة فكلما استوفيت منفعة يوم أو جزء من الزمن معين أو تمكن من استيفائها لزم ما يقابلها من الأجر .

أما فى الصانع والأجير على عمل فلا يستحقان الأجرة ولا يملكانها الا بالتمام فقد جاء فى المدونة اذا أراد الصناع أو الأجراء تعجيل أجورهم قبل الفراغ من العمل وامتنع المؤجر حملوا على المتعارف بين الناس فى ذلك فان لم يكن للناس سنة ولا عرف لم يقض لهم بشىء الا بعد الفراغ من العمل أما فى غير ذلك فيقضى بقدر ما مضى وقد تقدم تفصيل ذلك وبيانه وتتيجة ذلك أن عقد الاجارة عند المالكية عندما يكون صحيحا يفيد ملك الأجرة فى الحال وذلك فى الأحوال التى يجب لصحة العقد فيها تعجيل الأجرة سواء أكان ذلك تتيجة شرط أو عرف وكذلك فيما تعجل فيه الأجرة فعلا ولا يترتب عليه فى غير هذه الأحوال عندما يكون صحيحا الا أجرة ما بقى من عمل أو زمن وذلك فى غير الصناع والأجراء أما فى عقودهم فان الأجرة لا تملك ولا تستحق الا بتمام العمل ما لم يكن شرط أو عرف بالتعجيل فيفيد العقد الملك عند ذلك فيما شرط أو تعورف تعجيله وعلى أساس ملك الأجرة تملك المنفعة [1] .

مذهب الشافعية :

يرى الشافعية أن عقد الاجارة يفيد ملك المنفعة المعقود عليها والأجر فى الحال بمجرد انعقاده وبه يملك المؤجر الأجر فى الحال سواء أكان الأجر دينا أم عينا وسواء أكان الدين مؤجلا أم غير مؤجل غير أن المؤجر لا يستحق استيفاء الأجر الا بتمكين المستأجر من الانتفاع أو بانتفاعه فعلا ويتحقق التمكين بتسليم العين المستأجرة الى المستأجر فاذا تسلمها وظلت تحت يده الى انتهاء مدة الاجارة ان كان لها مدة أو بقيت معه المدة التى تمكنه من الانتفاع بها الانتفاع المعقود عليه استقرت الأجرة دينا فى ذمته وان لم ينتفع فعلا وكذلك الوضع فى استئجار الأجير تثبت الأجرة دينا فى ذمة المؤجر بمجرد العقد ولا يستحق الأجير قبضها الا بمضى المدة ان كان خاصا أو ما يعمل ان كان مشتركا وهذا اذا لم تكن الأجرة عينا فان كانت عينا تملكها المستأجر أو الأجير فى الحال أيضا ويكون ملك الأجرة ملكا مراعى ، بمعنى أنه كلما مضى جزء من الزمن على وجه السلامة بأن بدلها من الأجر قد استقر باستيفاء ما يقابلها . وكما تملك الأجرة بالعقد وتستقر فى ذمة المستأجربتمكنه من الانتفاع وان لم ينتفع فعلا تملك المنفعة أيضا به فى اجارة العين واذا نص فى العقد على تعجيل الأجرة أو تأجيلها لزم ذلك واذا لم ينص على ذلك

---

(١) البداية لابن رشد جـ٢ ص١٨٨ والشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص٤ .

ولم يكن عرف كانت معجلة كالتى فى البيع — ويلاحظ أن الأجرة اذا كانت عينا لم تقبل التأجيل واذا كانت الأجرة دينا بدأ المؤجر بتسليم العين الى المستأجر [١] كما فى البيع .

(انظر مصطلح : بيع)

ووجه ما ذهب اليه الشافعية ان عقد الاجارة انما هو عقد معاوضة كعقد البيع المنفعة فيه كالمبيع فى البيع والأجر فيه كالثمن فاذا ما انعقد انعقد على المعاوضة بين البدلين فأفاد الملك فيهما كما فى البيع .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى لابن قدامة ان الاجارة اذا تمت وكانت على مدة فان المستأجر يملك المنافع المعقود عليها الى تلك المدة ويكون حدوثها على ملكه وبهذا قال الشافعى وقال أبوحنيفة تحدث المنافع على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بمجرد العقد واستدل لمذهب الحنابلة بأن الملك عبارة عن حكم يترتب عليه تصرف مخصوص وقد كانت هذه المنفعة المستقلة ملكا لمالك العين يتصرف فيها كتصرفه فى العين فلما أجرها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت ملكا لمالك العين ثم انتقلت الى المستأجر — وكذلك يملك المؤجر الأجرة بمجرد العقد اذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلا كما يملك البائع الثمن بالبيع وقال مالك وأبو حنيفة لا يملكها بالعقد ولا يستحق المطالبة بها الا يوما فيوما أو اذا اشترط تعجيلها وجه قولنا أن الأجر عوض أطلق ذكره فى عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق وأما اذا كانت الاجارة على عمل فان الأجر يملك بالعقد أيضا ولكن لا يستحق تسليمه الا عند تسليم العمل قال ابن أبى موسى ، من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجر عند ايفاء العمل وان استؤجر فى كل يوم بأجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه وقال أبو الخطاب الأجر يملك بالعقد ويستحق بالتسليم ويستقر بمضى المدة وانما توقف استحقاق تسليم الأجر على العمل لأنه عوض فلا يستحق الا مع تسليم المعوض كالثمن فى المبيع وهذا بخلاف الاجارة على الأعيان لأن تسليمها جرى مجرى تسليم منافعها ومتى كان العقد على منفعة فى الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فتوقف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل [٢] .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم فى المحلى ان الاجارة عقد لازم الوفاء به واجب [٣] وهو عقد يقتضى مقابلة المنفعة بالأجر فكل ما عمل الأجير شيئا مما استؤجر عليه من العمل استحق من الأجر بقدر ما عمل فله طلب ذلك وأخذه وله تأخيره بغير شرط حتى يتم عمله أو يتم منه جملة لأن الأجر انما هو على العمل فلكل جزء من العمل جزء من الأجر وكذلك كل ما استغل المستأجر الشىء الذى استأجره فعليه من الأجرة بقدر ذلك أيضا [٤] .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن الأجر يملك بالعقد ولكنه يستقر بمضى المدة أو ما فى حكمها

(١) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٦٣ ، ٢٢٢ .

(٢) المغنى جـ٦ ص١٣ وما بعدها .
(٣) جـ٨ ص١٨٥ .
(٤) المحلى جـ٨ مسألة ١٢٩٩ .

من تسليم العمل ومعنى استقراره أنه لا ينقضى ويصير حقا تصح المطالبة به بأحد أمور ثلاثة : أحدها تعجيله قبل الوفاء بالعمل فاذا عجل صار حقا للمؤجر مستقرا لا يجوز استرداده ما لم يفسخ العقد من أصله — ثانيها اشتراط تعجيله فاذا اشترط ذلك فى العقد لزم وكان للمؤجر أن يطالب بأدائه ، ثالثها تسليم العمل فى الاجارة على الأعمال أو التمكين من الاستيفاء فاذا مكن المستأجر من أن يستوفى المنفعة من دون مانع من الانتفاع استحق المؤجر الأجرة واذا استوفى المستأجر المنفعة فعلا استحق المؤجر الأجرة بالأولى [١] وكما تملك الأجرة بالعقد تملك به المنفعة أيضا عند الزيدية ويجبر الحاكم كلا من العاقدين على الوفاء بما تعاقد عليه لأنه قد لزمه بالعقد .

مذهب الامامية :

الاجارة عقد لازم من الطرفين لا يبطل الا بالتقايل أو بأحد الأسباب المستوجبة للفسخ ويملك المستأجر المنفعة المعقود عليها بالعقد ويزول ملك المؤجر عنها ويلزمه الأجر بالتمكن من الانتفاع ولو لم ينتفع . واذا تمت الاجارة بأركانها ملك المستأجر المنافع المعقود عليها الى المدة ويكون حدوثها على ملكه لا على ملك المؤجر ويملك المؤجر الأجرة بمجرد العقد مع الاطلاق أواشتراط التعجيل ولا يشترط فى ذلك استيفاء المنفعة ولا مضى وقتها سواء أكانت معينة كالثوب أو غير معينة واذا كانت الاجارة على عمل ملك الأجير الأجر بالعقد أيضا وهل يستحق تسلمه قبل أن يسلم العمل ؟ فيه نظر فان قلنا بذلك وكان العمل فى ملك الصانع لم يبرأ من العمل ولا يستحق الأجر حتى يسلم العين محل العمل وان كان فى ملك المستأجر استحق الأجر بنفس العمل ولو استؤجر كل يوم بأجر معلوم استحق أجر كل يوم فيه واذا استوفى المستأجر المنفعة استقر الأجر وكذلك اذا سلمت العين الى المستأجر ومضت المدة من غير مانع استقر الأجر وأن لم ينتفع وكذلك اذا استؤجر للعمل ومضت مدة يمكن استيفاؤه فيها مثل أن يستأجر دابة ليركبها الى موضع معين ومضت مدة يمكن ركوبها فيها وكذلك لو بذل المؤجر العين فامتنع المستأجر من أخذها مع امكانه ومضت مدة الاستيفاء ، استقرت الأجرة ففى كل ذلك يستقر الأجر [٢] .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل أن عقد الاجارة يفيد مقابلة الأجرة جميعها بالمنفعة المعقود عليها جميعها لا مقابلة جزء من الأجرة بجزء من المنفعة ومن ثم لا يملك المؤجر الأجرة الا بتمام استيفاء المنفعة وعلى الأجير الاتيان بالعمل أول الوقت واذن فلا يجوز أن يتصرف المؤجر فى الأجرة الا بعد تمام استيفاء المنفعة ولا الأجير فى أجرته الابعد تمام العمل ولا يجوز أن يتصرف كل منهما فى جزء منها مقابل استيفاء جزء من المنفعة فلعل المستأجر لا يصل الى تمام الاستيفاء فكيف يجوز التصرف فى أجرة ما لم يستوف ذلك مقتضى العقد ومن الاباضية من جوز للمؤجر التصرف فى كل الأجرة قبل العمل وعندئذ يجب على المستأجر الاستيفاء وذلك

(١) شرح الأزهار جـ٣ ص٢٨٧ ، ٢٨٨ .

(٢) تحرير الأحكام جـ٢ ص٢٥٤ ، ٢٤٨ ، ٢٣١ .

قول من قال أن عقد الاجارة لازم وان الأجرة تملك بالعقد كما يملك الثمن بالبيع واستيفاء المنفعةلازم للمستأجر بالعقد ويجبر على أداء الأجرة بالعقد كما يجبر الأجير على العمل به واختار الشيخ جواز تصرف المؤجر فيما يقابل ما تم استيفاؤه من المنفعة على أساس أن الأجرة مقابل المنفعة وانه كلما حصل جزء من الاستيفاء حصل جزء من الأجرة يجبر المستأجر على أدائه [1] ويجوز له التصرف فى الأجرة كلها سواء دخل فى العمل أم لم يدخل ان أخذها بضمان العمل كأن يقول ان العمل فى ذمتى التزم به ولا أعدل عنه . ومن هذا يتبين رأى الاباضية فيما يفيده عقد الاجارة من حكم .

الاجارة : الخيارات فيها :

بينا أن عقد الاجارة من عقود المعاوضات كالبيع ومن ثم كان قابلا لما يقبله البيع من الخيارات فيقبل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار التعيين وخيار فوات الوصف على ما بين فى الخيارات (ارجع الى مصطلح خيار) غير أننا نذكر هنا ما تقتضيه طبيعة عقد الاجارة من الأحكام .

خيار الشرط : يجوز لأى من العاقدين منفردا ولهما جميعا اشتراط الخيار فى امضاء العقد وفسخه وتفصيل القول فى ذلك يرجع فيه الى مصطلح « خيار الشرط » واشتراطه يمنع انعقاد العقد فى حق حكمه مادام الخيار قائما لحاجة من اشترطه لنفسه الى دفع الغبن عن نفسه وعلى هذا يكون لمن له حق الخيار أن يفسخ العقد فى مدته أو أن يمضى فيه وذلك بأن يصدر منه ما يدل على ذلك من قول أو فعل أو تصرف فاذا مضت المدة دون أن يصدر منه ما يدل على فسخ أو امضاء لزم العقد وقد علمت ما ذهب اليه الحنفية من أن عقد الاجارة لا يفيد ملكا فى الأجرة ولا فى المنفعة بمجرد صدوره على الوجه الذى شرحناه وعليه فليس يترتب على العقد فى مدة الخيار الا عدم لزومه بالنظر الى من شرطه لنفسه فلا يكون لأى منهما ملك بمقتضاه واذا كان مشروطا للأجير فان خياره يسقط بشروعه فى العمل كما يسقط كذلك بالنظر الى المستأجر الذى شرط لنفسه الخيار بشروعه فى الانتفاع واذا كانمشروطا للمؤجر سقط خياره بتمكين المستأجر أو الأجير من الانتفاع أو من العمل وليس لاشتراط تعجيل الأجرة أثر عند اشتراط خيار الشرط لعدم انعقاد العقد حينئذ فى حق الحكم الا أن يسقط الخيار فيظهر أثره وتبدأ مدة العقد من وقت سقوط الخيار ، ذلك ما ذهب اليه الحنفية وفى تفصيل ذلك وبيانه فى المذاهب يرجع الى مصطلح خيار الشرط . غير أن مما يختص بعقد الاجارة من أحكام خيار الشرط ما ذكره الزيدية . فى شرح الأزهار وحاشيته ما حاصله [2] أن عقد الاجارة اذا تضمن اشتراط الخيار فقد تجعل مدته من مدة الاجارة وقد تجعل قبل ابتداء مدة الاجارة وقد لا ينص على شىء من ذلك فاذا جعلت مدته قبل مدة الاجارة كأن يستأجر شخص دارا شهر كذا وله الخيار ثلاثا من آخر الشهر السابق عليه

---

(١) شرح النيل جـ٥ ص١٠٣ .

(٢) جـ٣ ص٢٥٧ .

فعلى رأى من يرى صحة اضافة الاجارة صح العقد والشرط . وعلى رأى من يرى عدم صحة الاجارة المضافة لم يصح العقد .

واذا جعلت مدته من مدة الاجارة بان جعلت مدة الخيار ثلاثة الأيام الأولى من مدة العقد وكان شرط الخيار للمؤجر فصدر من المؤجر فيها ما يدل على فسخه العقد انفسخ كأن يسكن المؤجر الدار فى المدة وذلك لاعراضه عن العقد بذلك . وان كان شرط الخيار فيها للمستأجر صح العقد والشرط وكان له الخيار فى تلك المدة ويسقط خياره بسكناه فيها على قول لدلالة ذلك على امضائه العقد وقيل لا يسقط خياره بذلك لأن الخيار قد جعل له ليتروى ولا بد له من مدة يتروى فيها قبل امضائه العقد والتزامه به ولم يجعل له هذا الحق الا فى مدة العقد التى جعل له فيها حق الانتفاع بمقتضاه وعلى ذلك يكون اقدامه على السكنى أمرا متفقا عليه نتيجة اشتراط الخيار فلا يعد دليلا على الرضا فاذا أمضى العقد مع ذلك كان عليه أجر المدة كلها وان فسخ لم يلزمه الا أجر مدة انتفاعه ان انتفع .

وان أطلق اعتبرت الثلاث من مدة الاجارة لابتدائها عقب العقد ان سكن فيها المستأجر وان لم يسكن لم يبدأ العقد الا بعدها قيل وفى هذا نظر اذ يلزم من ذلك فساد الاجارة لجهالة المدة اذ عند انشاء العقد لا يعلم هل ابتدأت مدته اثره أم بعد أيام الخيار ويحتمل أن يقال انه عند الاطلاق تكون مدة الخيار من مدة العقد كما يحتمل أن يقال ان العقد لا يستقر حتى تمر مدة الخيار فتبدأ المدة من آخر مدة الخيار .

خيار الرؤية

يرى الحنفية أنه يمنع لزوم العقد بعد تمامه ولا يحول دون نفاذه وترتب أثره عليه ولا يحتاج الفسخ بسببه الى قضاء أو رضا ويترتب عليه أثره بقول صاحبه فسخت ويثبت فى عقد الاجارة للمستأجر اذا استأجر من الأعيان ما لم ير كما يثبت كذلك للأجير المشترك فى كل عمل يختلف باختلاف المحل اذا لم ير المحل قبل العقد [1] فيكون له بعد تمام العقد أن يفسخه بما يفيد ذلك من قول أو فعل . ذلك ما ذهب اليه الحنفية والشيعة الجعفرية وفى بيان أحكامه على التفصيل وثبوته فى عقد الاجارة اختلاف فى المذاهب بيانها فى مصطلح خيار الرؤية .

خيار العيب

يثبت للمستأجر خيار الفسخ بسبب العيب باتفاق المذاهب سواء أكان العيب قديما قبل انشاء عقد الاجارة أم حدث بعده قبل ابتداء الانتفاع أم بعد ابتدائه اذ أنه فى هذه الأحوال جميعها يفوت به غرض المستأجر وبفوات غرضه يزول ما يجب فى المعاوضة من توافر التراضى المبنى على التعادل بين البدلين فى زعم الطرفين ورأيهما ولما لوحظ فى عقد الاجارة من تجدد المبادلة واستمرارها طيلة مدته وما يتبع ذلك من استمرار التعادل والتكافؤ بين البدلين كان انعدامها بالعيب الحادث سببا فى ثبوت الخيار بخلاف البيع لانتهاء المبادلة فيه بانتهاء الايجاب والقبول . والمراد بالعيب ما يوجب

---

(١) الدر المختار وابن عابدين جـ٤ ص٧٠ ، جـ٥ ص٥٣ ، ط الحلبى ، وتحرير الأحكام جـ٢ ص٢٣١ .

نقص أجر مثل العين المستأجرة أو ما يفوت به غرض المستأجر والغالب عدمه فى العادة [١] مما يضر بالانتفاع . والعيب فى عقد الاجارة نوعان : نوع يترتب عليه انعدام الانتفاع كلية . ونوع يترتب عليه نقصه .

وما يترتب عليه انعدام الانتفاع سواء أكان قبل ابتدائه وقبل التمكن منه أم حدث بعد ابتداء العقد وفى أثناء الانتفاع ينفسخ به العقد دون حاجة الى قيام المستأجر بفسخه كما تفيدها بعض الروايات عند الحنفية فقد جاء فى اجارة الأصل لمحمد بن الحسن اذا سقطت الدار كلها كان لمستأجرها أن يخرج منها سواء أكان صاحب الدار شاهدا أم غائبا . فان هذا الحكم دليل الانفساخ حيث أجاز للمستأجر الخروج من الدار مع غيبة المؤجر ولو لم تنفسخ توقف جواز خروجه والفسخ على حضوره ووجه ذلك الحكم أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت بالسقوط اذ المطلوب منها الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك وبذلك انعدم المعقود عليه فيبطل بانعدامه العقد . وجاء فى روايات أخرى ما يدل على أن العقد لا ينفسخ ولكن يثبت للمستأجر حق الخيار فى الفسخ فقد ذكر فى كتاب الصلح من الأصل اذا صالح على سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصلح وروى هشام عن محمد فيمن استأجر بيتا فقبضه ثم انهدم فبناه المؤجر فقال المستأجر بعد بنائه : لا حاجة لى فيه ، أنه قال : ليس للمستأجر ذلك ، وكذلك لو أراد المستأجر أخذه وأبى عليه المؤجر لم يكن للمؤجر ذلك اذ أن هذا يدل على أن الاجارة لم تنفسخ ووجهه ان الدار بعد انهيارها لم تنعدم منفعتها به اذ بقى لها الانتفاع بسكناها بواسطة خيمة تضرب فيها فلم يفت بانهدامها المنفعة المعقود عليها رأسا فلم ينفسخ العقد على أنه ان فات نهائيا فقد فات على وجه يتصور عوده ولو باعادة البناء وهذا يكفى لبقاء العقد والأصل فى ذلك أن العقد المنعقد بيقين يبنى ما دام لم يفقد فائدته نهائيا بيقين اذ اليقين لا يزول بالشك . وقال القدورى : الصحيح أن العقد ينفسخ فى مثل هذه الحال لأن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت وضرب الخيمة فى الدار ليس بالمنفعة المطلوبة منه ولا من الدار عادة فلا يعتبر بقاؤها لبقاء العقد . وقال محمد فيمن استأجر رحى ماء سنة فانقطع الماء بعد ستة أشهر وأمسك الرحى حتى مضت المدة فعليه أجر ستة أشهر مدة وجود الماء ولا شىء عليه لما مضى بعد ذلك لأن منفعة الرحى قد بطلت فيه فانفسخ العقد .

وفى الأشباه أن الأجرة للأرض كالخراج على المعتمد فاذا استأجر الأرض للزراعة فأهلك الزرع آفة وجب من الأجرة ما قابل المدة قبل الاهلاك وسقط مابعد ذلك وهذا ما اعتمده صاحب الولواجية لكن جزم فى الخانية برواية عدم سقوط شىء من الأجرة حيث قال : أصاب الزرع آفة فهلك أو غرق ولم ينبت لزم الأجر كله لأنه قد زرع فعلا ولو غرقت قبل أن يزرع فلا أجر عليه . وذلك لانفساخ الاجارة بذلك [٢] .

---

(١) ابن عابدين جـ٤ ص٧٩ .

(٢) الدر المختار جـ٥ ص٥٢ .

وأما ما يترتب عليه نقص الانتفاع من العيوب فان العقد به يصير غير لازم فيكون للمستأجر حق الفسخ بخيار العيب فلو استأجر دابة يركبها أو دارا يسكنها فعرجت الدابة أو انهدم بعض بناء الدار فالمستأجر بالخيار انشاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ اذ الاجارة بيع المنافع وهى تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقودا عليه فاذا حدث العيب كان هذا عيبا قد حدث بعد العقد وقبل القبض فأوجب الخيار لذلك واذا أمضى المستأجر العقد فلم يفسخ كان عليه كمال الأجرة لأنه رضى بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه البدل جميعه واذا زال العيب قبل أن يفسخ العقد بأن شفيت الدابة أو بنى المؤجر ما سقط من البناء بطل خيار المستأجر لأن الموجب للخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار .

واذا كان العيب مما لا يترتب عليه اخلال ولا ضرر بالانتفاع لم يكن للمستأجر بسببه خيار اذ أن ذلك لم يمس المعقود عليه وهو المنفعة بنقص ولا يثبت الخيار الا عندنقصها وليس للمستأجر ان يفسخ عند ثبوت الخيار له الا بحضرة المؤجر لأن فسخ العقد لايجوز الا بحضرة عاقديه أو من يقوم مقامهما فان لم يتمكن من ذلك فى حضرته رفع أمره الى القضاء [1] .

مذهب المالكية :

تنفسخ الاجارة بتلف العين المستأجرة ومثله فى الحكم زوال الانتفاع المعقود عليه منها وذلك لانعدام محل العقد فان نقص الانتفاع بها لعيب طرأ سواء أكان ذلك قبل ابتداء الانتفاع أم فى أثنائه كان للمستأجر خيار الفسخ بالعيب [2] ومن العيوب أن تكون الدابة عضوضا أو لا تبصر ومثل ذلك كل ما ينقص الانتفاع عن القدر المعتاد وفقه المسألة أن الضرر اذا كان يسيرا لم يكن له اعتبار كسقوط شرفات منزل السكنى اذ لا تنقص به السكنى واذا زاد عن ذلك بحيث يمس السكنى كقلع البلاط وسقوط البياض لزم العقد وحط من الأجر بقدر ذلك واذا ضر ضررا غير معتاد خير المستأجر بين الامضاء والفسخ .

مذهب الشافعية :

الأصح عند الشافعية أن الاجارة تنفسخ بزوال المنفعة المعقود عليها نهائيا كما فى انهدام الدار المستأجرة ولو بفعل المكترى غير أنه يلزم بالعوض وسواء فى الحكم أن يحدث ذلك قبل تسلم العين المستأجرة أم بعده واذا حدث بعد التسلم ومضى مدة يجب لمثلها أجرة انفسخت فيما يأتى بعدها من الزمن ووجب على المستأجر أجرة ما انتفع أما اذا ترتب على العيب نقص الانتفاع لا زواله لم تنفسخ الاجارة وانما يكون للمستأجر خيار الفسخ وهو على التراخى ان لم يبادر المؤجر بالاصلاح فان قام به قبل الفسخ سقط الخيار ومن العيوب الموجبة للخيار غصب العين المستأجرة وانما يكون الخيار على التراخى اذا لم يترتب عليه تفريق الصفقة والا وجب أن يكون على الفور ولا

(١) البدائع جـ٤ ص١٩٥ ، ١٩٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص٣٠ ، ٣١ ، ٤٢ ، ٥٠ .

يثبت خيار العيب فى اجارة الذمة اذ يجب فيها الاتيان بالبدل فلا يترتب على العيب نقص الانتفاع [١] .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى من استأجر عينا مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها فذلك على ثلاثصور: احداها أن تتلف العين فان كان ذلك قبل قبضها انفسخت الاجارة بغير خلاف نعلمه لتلف المعقود عليه قبل تسليمه وان كان عقب قبضها انفسخت أيضا فيما بقى من مدتها ويجب الأجر فيما مضى ان كان لمثله أجر ويسقط أجر ما بقى من المدة ، ثانيا أن يحدث للعين ما يمنع نفعها فان لم يبق لها نفع أصلا فالحكم كما تقدم فى الصورة الأولى وان بقى لها نفع خلاف ما استؤجرت لأجله كدار انهدمت فان من الممكن الانتفاع بعرصتها فى وضع أحطاب أو نصب خيمة فالحكم انفساخ العقد كما تقدم أيضا لأن المنفعة التى وقع العقد عليها قد انعدمت فانفسخت لذلك الاجارة لزوال محلها وخالف القاضى فى الأرض المستأجرة ينقطع ماؤها وأثبت للمستأجر خيار الفسخ وهو منصوص الشافعى لأن المنفعة لم تبطل جملة اذ يمكن الانتفاع بعرصتها فاشبه ذلك ما لو نقص نفعها .

واذا كان النفع الباقى فى الأعيان مما لا يباح استيفاؤه بالعقد كدابة استأجرها لركوب فصارت لا تصلح الا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجها واحدا لأن المنفعة الباقية لا يملك استبقاؤها معسلامتها فلا يملك تعيبها وأما اذا أمكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها له على ضرب من القصور مثل أن يمكنه زرع الأرض بغير ماء لم تنفسخ الاجارة لأن المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية فأشبه ما لو تعيبت وكان للمستأجر خيار الفسخ الا فى الدار اذا انهدمت فان فيها وجهين أحدهما لا تنفسخ الاجارة وثانيهما تنفسخ لزوال اسمهابهدمها وذهاب المنفعة المقصودة منها ، ثالثها : أن تغصب العين المستأجرة وعند ذلك يثبت للمستأجر خيار الفسخ فاذا مضت المدة ولم يفسخ كانله مطالبة الغاصب بأجرالمثل عوضا عن حقه وذلك قيمة ما كان يملك بالعقد ، وعلى القول بعدم ضمان منافع الغصب ينفسخ العقد بالغصب دون حاجة الى فسخه من المستأجر .

وعلى الجملة اذا اكترى عينا فوجد بها عيبا لم يكن له علم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه وان رضى به ولم يفسخ لزمه جميع الأجر ومما يوجب الخيار ان يحدث خوف عام يمنع من سكنى الدار المستأجرة أو أن تحصر البلد فيمتنع الذهاب الىالأرض المستأجرة للزرع أو انقطع الطريق فى استئجار دابة لركوبها الى محل معين وكان هو الطريق اليه أو نحو ذلك مما يحول بين المستأجر وبين الانتفاع مما لا يد له فيه [٢] (راجع مصطلح خيار العيب فى بقية الأحكام) .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى لابن حزم أنه تنفسخ الاجارة بهلاك المستأجر أو بخروجه عن ملك

(١) نهاية المحتاج جـ٥ ص ٣١٧ ، ٣١٩ .

(٢) المغنى جـ١ ص٢٥ ، ٣١ .

مؤاجره بالبيع أو بالهبة أو بأى وجه من الوجوه وينفذ البيع والهبة والاخراج عن الملك بأى سبب يقتضى ذلك فكل ذلك مبطل للاجارة ان حدث قبل القبض وفيما يبقى من المدة ان حدث بعده وان هذا هو قول الشعبى والحسن البصرى والثورى وغيرهم [1] .

مذهب الزيدية :

اذا ذهب العيب بمنفعة العين كلها كخراب الدار المستأجرة وغصبها بطل العقد قولا واحدا اذا حدث ذلك قبل القبض ، وفى حدوثه بعد القبض قولان أحدهما يبطل وثانيهما يكون للمستأجر الخيار فلا يبطل الا بالفسخ وانما يبطل العقد بزوال الانتفاع بالعين لانعدام محل العقد واذا حدث بعد القبض ثم زال قبل الفسخ لم يبطل العقد على أحد القولين وعلى المستأجر الاستمرار فيه لزوال موجب الفسخ وعليه أجرة المدة التى انتفع فيها واذا أخل العيب ببعض الانتفاع كان للمستأجر فسخ العقد وعليه ترك الانتفاع فورا اذ الاستمرار فيه بعد ظهوره يعد رضا بالعيب فيبطل به الخيار وانما يجب عليه الترك فورا اذا لم يكن هناك خوف على نفسه فان خيف على النفس من الترك فورا كان له الترك على التراخى دون أن يعد ذلك رضا حتى يتمكن منه . وقيل اذا ترتب على الترك خوف ضرر بالنفس أو بالمال لم يجب فورا وانما يجب اذ يؤمن عدم الضرر بهما فاذا استأجر دابة لركوبها فظهر له عيب فيها فى أثناء الطريق وخاف على نفسه ان ترك ركوبها أو على ماله فلا يلزمه ترك ركوبها فورا فى هذه الحال بل حتى يصل بها الى حيث يأمن على نفسه وماله على القول الثانى ويجب عليه أجر انتفاعه عن مدته بعد حدوث العيب وحصة ما انتفع قبل حدوثه من الأجر المسمى وتقدير الأجر الواجب بعد حدوث العيب ان ينظر الى أجرة العين سليمة والى أجرتها معيبة وينسب الفرق بين الأجرتين الى أجرتها سليمة وعلى هذا الأساس ينقص الأجر المسمى فاذا كانت الأجرة وهى سليمة ثلاثين والأجرة وهى معيبة عشرين كان الفرق عشرة وهو ثلث الأجرة سليمة فينقص الثلث من الأجرة المسماه وعلى هذا الأساس تقدر الأجرة الواجبة [2] .

مذهب الشيعة الجعفرية

جاء فى تحرير الأحكام اذا استأجر دارا أو أرضا للزراعة فانهدمت الدار أو غرقت الأرض أو انقطع ماؤها فى أثناء المدة فان لم يبق فيها نفع أصلا فهى كالتالفة فتنفسخ الاجارة فيما بقى وليس للمستأجر الفسخ فيما مضى وبناء عليه اذا حدث ذلك قبل ابتداء الانتفاع انفسخ العقد ولا أجر على المستأجر وان لم يذهب العيب بجميع الانتفاع فالأقرب ثبوت الخيار للمستأجر بين الفسخ والامضاء بالجميع ولا تبطل الاجارة بدون فسخ واذا لم يختر أحدهما لجهله أو لغير ذلك كان له الفسخ بعد ذلك . ولو كان

(١) المحلى جـ٨ ص١٨٤ ، ١٨٧ مسألة ١٢٩١ ، ١٢٩٢ .

(٢) شرح الأزهار جـ٣ ص ٢٦٣ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٢٩٣، ٢٩٨ .

النفع الباقى لا يجوز له استيفاؤه بالعقدكما لو استأجر دابة للركوب فصارت لا تصلح الا للحمل أو بالعكس انفسخت الاجارة من غير فسخ واذا أمكن الانتفاع مع نقصه كأن يمكنه الزرع بغير ماء أو كان الماء ينحسر عن الأرض التى غرقت على وجه يمنع معه بعض الزرع فيخير المستأجر بين الفسخ والامضاء ولا ينفسخ العقد من تلقاء نفسه واذا كان الحادث لا يضر لم يكن للمستأجر الخيار ولو حدث العيب ببعض العين المستأجرة دون بعض خير المستأجر بين الفسخ فى الجميع أو فى البعض مع امساك الباقى بحصته من الأجرة لا بكل الأجرة .

مذهب الأباضية :

جاء فى النيل وشرحه [1] مايدل على أن من استأجر أجيرا فهلك أثناء مدة اجارته بمرض أو هرب أو بأية آفة بعد أن قام المستأجر بدفع أجره الى ربه عن مدة الاجارة كلها فليس للمستأجر استرداد ما يقابل بقية مدة الاجارة من الأجر المدفوع وكان عطب الأجير عليه كمن اشترى دابة فتسلمها ثم عطبت بعد تسلمها فانها تهلك عليه ، وقيل : له أن يسترد من الأجرة ما يقابل المدة الباقية بحسابها واذا لم يحصل قبض للأجرة فعلى قدر العمل ان وقع من العيوب ما يمنع منه ولو بحبس ظالم كما يجب الرد ان كان امتناع العمل من جهة المؤجر، واذا انهدمت الدارالمستأجرة قبل تمام مدة الاجارة وقد قبضت أجرتها أجبر ربها على بنائها واصلاحها ويسقط عنه من الأجرة ما يقابل مدة عدم الانتفاع بها ويعوض عنها أياما أخرى فان امتنع رد مايقابل باقى مدة الاجارة على قول من الأقوال فى لزوم عقد الاجارة واذا تم البناء بعد انقضاء المدة وجب رد ما يقابل الفائت أو الاتفاق على أن يسكن مدة أخرى وقيل ان له أن يسكن مدة أخرى وليس له الاسترداد لما يقابل تلك المدة ان لم يتفقا واذا لم تقبض الأجرة فللمؤجر أجرة مدة الانتفاع فقط وترد الأعيان المستأجرة بعيب اذا كان العيب من المؤجر الا أن يشاء المستأجر فيمضى الاجارة بلا نقض وبذلك يكون له خيار العيب الا أن يرضى بالعيب فيلزمه الأجر بتمامه وقيل اذا ثبت الخيار لأحد العاقدين ثبت للآخر منهما فلا يمضى العقد الا برضاهما جميعا والا وجب فسخه وقيل ليس للمستأجر فسخ العقد بالعيب فى العين المستأجرة وانما ينقص الأجر بقدر ما يقابل العيب (ويرجع الى باقى أحكام الخيار بالعيب فى مصطلح خيار العيب .)

خيار التعيين

أجاز الحنفية فى الاجارة خيار التعين كما أجازوه فى البيع خلافا لزفر وأحمد والشافعى وذلك بأن يخير المؤجر المستأجر فى اجارة احدى عينين كما يخير البائع المشترى فى شراء احدى عينين وانما أجازوا ذلك فى اثنين أو فى ثلاثة لا أكثر مع بيان ثمن كل عين فى حال البيع — وقد اختلفوا فى اشتراط توقيته وفى اشتراط الخيار فيه حال البيع فاشترط بعضهم ذلك لصحته وخالف آخرون — راجع مصطلح (خيار التعيين فى البيع) .

---

(١) شرح النيل جـ٥ ص١٥٠ الى ص١٦٠ .

وقياسا على ذلك أجاز الحنفية التخيير فى الاجـارة بين عينين أو ثلاث لا أكثـر استحسانا كأن يقول أجرتك احدى هاتين الدارين بعشرة جنيهات لكل منهما شـهريا أو هذه بعشرة والأخرى بتسعة كما أجازوا التخيير فيها بين مسافتين مختلفتين بأجرين مثل أجرتك هذه الدابة الى قليوب بخمسين قرشا أو الى امبابة بعشرين قرشـا أو بين عملين كأجرتك لخياطة هذا الثـوب بعشرة قروش أو هذا الثوب بخمسة عشر قرشـا لا يزيد فى ذلك عـلى أن يخيره بين ثلاثة ووجه جواز ذلك أن المؤجر خير المستأجر بين عقـدين معلومين فى محلين متقـومين ببدلين معلومين فكان له قبول أحد العقدين كما لو قال له ان رددت بعيرى من موضع كـذا فلك خمســة قروش وان رددته من موضع كذا فلك عشرة قروش وكما لو قال له ان سرت بدابتى هذه الى موضـع كذا فبثلاثين قرشا وان سرت عليها الى موضـع كذا فبثلاثين درهما والمسافة واحـدة وقد أجازوا هذا التخيير فى الاجارة دونخلاف بينهم فى عدم اشتراط الخيار فى العقـد معه وعدم اشتراط التوقيت بخلاف البيـع لأن باب الاجارة أوسـع من باب البيـــع وكذلك أجازوا التخيير فى صفة العمل كأن يقول المؤجر ان خطت هذا الثوب بصـفة كذا فلك عشرة دراهم وان خطته بصفة كذا فلك عشرون درهما كما أجازوا التخيير فى الصباغة مثل أن يقول ان صبغت هذا الثوب بكذا فلك عشرون قرشا وان صبغته بكذا فلك خمسة وعشرون فكل ذلك جائز عند الحنفية لا ضير فيه لأن الجهالة فيه لا تفضى الى منازعة وانما يفسد العقود من الجهالة ما يفضى الى المنازعة وخالف زفر فى ذلك فذهب الى فساد العقد لما فيه من الجهالة .

ولو قا ل المؤجر للمستأجر أجرتك هـذه الدار شهرا على أنك ان عملت فيها حـدادة فباربعـة جنيهات وان سـكنتها فبثـلاثة فالاجارة جائزة فى قول أبى حنيفة خـلافا لصاحبيه ، وجه قولهما ان الأجـر لا يجب بالانتفاع فعلا وانما يجب بالتمكين والتخلية وعند ذلك لا يدرى أيستعملها للحدادة أو للسكنى فكان البدل مجهولا بخلاف ما اذا كانت الاجارة على العمل اذ يجب الأجر به وعند البدء فيه يتعين فيتعين الأجر عندئذ وترتفع الجهالة ووجه قوله أن التخيير فى هذا العقد بين منفعتين معلومتين فيجوز كما فى التخيير بين عملين والغـالب هو تعيين احدى المنفعتين عند التمكين والتخلية فكان المدارعلى الغالب على أنه لا جهالة فى الأجرة عند التمكين اذا لم تعين المنفعة اذ الواجب حينئذ أقل البدلين وعلى هذا الخلاف كل ما كان أجـره يجب بالتسـليم ولا يعـلم الواجب به وقت التسليم فهو فاسدعندهما صحيح عنده وأى المنفعتين استوفى وجب أجـرها واذا امسك الدار ولم ينتفع حتى مضت المدة فعليه أقل المسميين واذا خيرفى العامل فقال ان خطته أنت فالأجـر عشرون وان خاطه تلميذك فالأجر خمسة عشر فهو جائز وقد تقدم حكم ما اذا ردد فى الأجر فى زمنين [1] .

مذهب المالكية :

جاء فى الحطاب ان أجرت خيـاطا يخيط لك ثوبا على أنه ان خاطه اليوم فبدرهموان

(١) البدائع جـ٤ ص١٨٥ ، ١٨٦ .

خاطه غـدا فبنصف درهم ، أو قلت له ان خطته على صفة كذا فبدرهم وان خطته على صفة كذا فبنصف درهم لم يجز اذ هو من وجه بيعتان فى بيعة فان خاطه فله أجر مثله زاد عـلى التسـمية أم نقص وقال بعض المالكية فى المسألة الأولى الا أن يزيد أجر المثل على الدرهم أو ينقص عن نصف درهم فلا يزاد ولا ينقص . وهذا كما يرى يدل على أن التخيير فى جميع صوره غير جائز فى الاجارة لأنه بيعتان فى بيعة . لكن جاء فى الدسـوقى تعليقا على القـول بفساد الاجارة فى الصورة الأولى : اعلم أن محل الفساد فى هذه الصورة اذا وقع العقد على الالزام ولو لاحد المتعاقدين فان وقع على أن الخيـار فيه لكل منهما جاز وذلك لأن الغرر لا يعتبر مع الخيار لأنه اذا اختار أمرا فكأنه ما عقد الا عليه اذ عقد الخيار منحل . أما دفع دراهم بعد العقد زيادة على المسمى ليسرع فى العمل فذلك جائز . وظاهر هذا أن التخيير على الحيـلة فى عقـد الاجارة جائز اذا لم يكن هناك الزام لاحد المتعاقدين بالعقد بل كان لكل منهما الخيار فى امضائه ومقتضى هذا أنه جائز عنـد المالكية مـع اشتراط الخيار لكل منهما فى العقد [1] .

مذهب الشافعية :

نص الشافعية على أن الأجرة تملك بالعقد فاذا حصل فى العقد تخيير وترديد فأية أجرة تملك به .

وهذا يفيد عدم جواز خيار التعيين فى الاجارة عندهم ويؤيد هذا ما نقله الكاسانى عنهم [2] .

(١) الحطاب جـ٥ ص٤٠٣ ، والشرح الكبير جـ٤ ص٧

(٢) البدائع جـ٤ ص١٨٥ والمنهج جـ٣ ص١٨٦ .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى — ان قال ان خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وان خطته غـدا فلك نصف درهم فعن أحمد فيه روايتان : احداهما لا تصح الاجارة وله أجر المثل ان خاط وهذا مذهب مالك والثورى والشافعى واسحاق وأبى ثور ، ثانيهما — تصح الاجارة لأنه سمى لكل عوضا معلوما فصح — ولو قال ان خطته روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم ففيه وجهان بنـاء على التى قبلها والخلاف فيها كالخلاف فيما قبلها [3] .

مذهب الزيدية :

ذهب الزيدية الى أن التخيير للعـامل اما فى العمل مثل أن يقول على أن تخيط هذا الثوب قميصا أو قباء واما فى العين مثل أن يقول على أن تزرع هذه الأرض أو هذه ، أو فى الأجرة مثل أن تقول على أن تخيط هـذا الثوب بخمسة أو هـذا الثوب بعشرة واما فى نوع الاستعمال فى العين المؤجرة مـع الأجرة مثل أن تقول أجرتك هـذا الدكان على أنك ان عملت فيه حدادا فالأجرة عشرة وان بعت فيه قماشا فالأجرة خمسـة فان مضت المدة مـع التخليـة والخيـار فيها للمستأجر ولم يفعـل أيهما لزمه الأقل من الأجرين لأنه المتيقن والأصل براءة الذمـة من الزائد فان فعلهما معا فالمختار أنه يلزمه أجر الثوب الأول ولا شىء له على الثـوب الثانى لأن الشروع فى الأول اختيار له فلم يكن له أن يعمل الثانى . وفى مسألة الدكان يلزمه أجـر ما شرع فيه من الاسـتعمالين

(٣) جـ٦ ص٨٧ .

لتعيينه بالاختيار وفى الاستعمال الثانى أجر المثل وفى الثوبين يستحق أكثر الثمنين ولا شيء للآخر لأنه متبرع وقد يكون التخيير فى المسافة مثل أن يستأجر الدابة الى موضع كذا بكذا أو الى موضع كذا بكذا فالاجارة فى هذه الصور كلها صحيحة وان لم يشترط لأحدهما خيار فى مدة معلومة ويكون عليه أجر ما قطعه من المسافتين . أما الخيار فى الأعمال والأعيان فهو للاجير وفى مسألة الركوب ونحوه للمستأجر ولابد من ذكر الخيار لأحدهما مدة معلومة نحو أن يقول أكريتك هذه الحانوت أو هذه ولى الخيار ثلاثة أيام أو لك فان لم يذكر خيارا معلوما فسدت الاجارة كالبيع [1] .

مذهب الامامية :

اذا استأجر احدى الدارين لم يجز [2] .

مذهب الأباضية :

جاء فى شرح النيل [3] ومن استؤجر لعمل معين ان عمله فى يومه فبأربعة دراهم وان فى غيره فبثلاثة دراهم وان استأجر الدابة الى مكان كذا فبعشرة دراهم والى مكان كذا فبثمانية دراهم فقولان والمختار المنع لشبه ذلك ببيعتين فى بيعة .

(راجع مصطلح خيار) .

أحوال الصيغة

قد تكون الصيغة منجزة وقد تكون مضافة وقد تكون معلقة وعلى كل قدتقترن بشروط وقد لا تقترن .

التنجيز :

تكون الصيغة لعقد الاجارة منجزة اذا لم يضف الايجاب فيها الى زمن مستقبل ولم يعلق على شرط غير موجود محتمل الوقوع كأجرتك هذه السيارة شهرا أو هذه الدار شهرا فتنشأ الاجارة عند قبول الايجاب اثر الانتهاء منه ، وهو ما يراد بالتنجيز وليس ينافى ذلك ما يلاحظ فىعقد الاجارة من أنه عقد على المنافع ومن أن المنافع لا تحدث دفعة واحدة مما يستوجب أن يكون استيفاء المستأجر لحقه فى أزمان متعاقبة تجيء بعد تمام عقد الاجارة فان ذلك لا يعد اضافة فى العقد وانما هو من طبيعته وليس فى صحة الاجارة علىالتنجيز خلاف بين المذاهب فذلك هو الأصل فى العقود ما عدا الوصية والايصاء .

الاضافة :

تكون صيغة الاجارة مضافة اذا أضيف الايجاب فيها الى زمن مستقبل كأجرتك هذه الدار ابتداء من السنة المقبلة أو بعد يومين مثلا أو نحو ذلك فصحة الاجارة معالاضافة محل اختلاف بين الفقهاء .

مذهب الحنفية :

فالحنفية يرون جواز اضافة عقد الاجارة فاذا أضيف الى زمن معين ابتدأ العقدبحلول ذلك الزمن ولذا يجب أن تكون بدايته معلومة فاذا كانت مجهولة فسد العقد للجهالة مثل أن يقول شخص لآخر أجرتك هذه الدار يوم ينزل المطر أو يوم تهبالرياح أو استأجرتك لعمل كذا فى أرض كذا يوم أملكها اذ لا يعلم متى يبتديء العقد وهو

(١) التاج المذهب جـ٣ ص٧٥ .
(٢) تحرير الاحكام جـ١ ص٢٥ .
(٣) جـ٥ ص٦٣ .

من عقود التمليكات والجهالة تفسدهما . وفى جامع الفصولين لو قال أجرتك غدا فيه اختلاف والمختار الجواز وفيها اذا باع المؤجر أو وهب قبل مجيء الوقت المضاف اليه يفتى بجواز ما صنع وتبطل الاجارة ثم لورد المبيع على البائع بقضاء أو رجع الواهب فى هبته قبل الوقت عادت الاجارة ولكن لو عادت اليه بملك جديد لا تعود [١] .

مذهب المالكية :

كذلك أجازوا اضافتها فقد جاء فى الشرح الكبير للدردير [٢] يفيد جواز استئجار أى شيء من حيوان أوغيره مدة تلى مدة أخرى باجارة سابقة لنفس الشيء المستأجر لمن استأجره ولغيره مثل أن يكون قد أجر شخص دارا لفلان مدة سنة معينة ثم يؤجرها له فى أثناء المدة سنة أخرى تلى هذه السنة أو يؤجرها لغيره مدة تلى هذه السنة .

مذهب الشافعية :

يفرقون بين اجارة الذمة واجارة الأعيان فيجوزون اضافة اجارة الذمة الى زمن مستقبل . كأن يؤجر شخص آخر ليحمل متاعه من بلدة كذا الى بلدة أخرى أول الشهر الآتى وذلك لثبوت الالتزام فى ذمة الأجير دينا عليه والدين يقبل التأجيل . أما اجارة الأعيان فلم يجوزوا فيها الاضافة فلا تجوز اجارة عين لمنفعة مستقبلة كأجرتك هذه الدار السنة المقبلة أو الشهر الآتى بعد أيام مثلا وهذا كما يرى من قبيل اضافة العقد الى زمن مستقبل . وقد استثنوا من هذا المنع بعض صور منها أن تكون الاجارة ليلا لمنفعة فى النهار التالى له ووجه الاستثناء فى هذا ظاهر اذ الليل تابع للنهار كما أجازوا اجارة أرض لزراعتها قبل ريها اذ المعنى فى ذلك تمكين المستأجر من اعدادها للزراعة وكذلك أجازوا اجارة شخص للحج عن الغير مع خروج قافلة بلده وهذا كما يظهر عن اجارة الذمة فى الواقع وكذلك أجازوا اجارة دار ببلد غير بلد العاقدين أومشغولة بأمتعة اثر اخراجها منها بشرط عدم مضى مدة لها أجر والوجه فى هذا ظاهر أيضا وكذلك استثنوا اجارة عين لمستأجر مدة تلى مدة أخرى لو استأجر فيها هذه العين أو لموصى له بمنفعتها اذا كانت المدة تلى مدة انتفاعه بالوصية وذلك لاتصال المدتين فاشبه مالو استأجرها مدة واحدة تساوى مجموع المدتين وقيل لا يصح ذلك أيضا كما لو أجرت لغيره . ولو قال شخص لآخر أجرتك هذه الدار سنة فاذا انقضت فقد أجرتكها سنة أخرى لم يصح لأن ذلك تعليق والاجارة لا تصح مع التعليق كما لو علق اجارتها بمجيء الشهر الآتى ولو استأجر شخص دارا من مستأجرها كان للمالك أن يؤجره للمستأجر الثانى مدة تلى مدته لأنه المستحق لمنفعتها وبه جزم صاحب الأنوار وهومقتضى كلام القاضى والبغوى واليه مال صاحب الروضة . وفى اجارة الوارث الدار لمستأجر استأجرها من مورثه فى حياته مدة تلى مدة اجارته تردد والأقرب الجواز لأن الوارث نائب عن المورث قال الزركشى وهذا كله بشرط اتصال المدتين والا لم يصح [٣] .

---

(١) الدر المختار لابن عابدين جـ٤ ص٢٦٠ طبعة الحلبى .

(٢) جـ٤ ص١٠ طبعة صبيح والمواق جـ٥ ص٤٠٧ هامش الحطاب .

(٣) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٧٣ .

مذهب الحنابلة :

يرون جواز اضافة الاجارة الى زمن مستقبل مطلقا سواء أكانت اجارة ذمة أم اجارة عين [١] .

وفى المغنى : ولا يشترط فى مدة الاجارة أن تلى عقدها بل لوأجره سنة خمس وهم فى سنة ثلاث صح العقد وقال الشافعى لايصح كما ذهب الى أنه لا يجوز أن يكترى بعيرا بعينه الا عند خروجه لذلك ولنا أن هذه اجارة يصح العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس كالتى تلى العقد وانما تشترط الأجرة على تسليم العين عند وجوب تسليمها كالمسلم فيه ولا فرق بين كونها مشغولة وغير مشغولة عند العقد الا ترى أنه يجوز أن يؤجرها من المكترى مدة تلى اجارته ولا تلى العقدواذا صح ذلك فلابد من بيان ابتداء المدة كما لابد من بيانه نهائيا فاذا أطلق ابتدأت من حين العقد [٢]

مذهب الظاهرية :

ويرى ابن حزم الظاهرى انه لا يجوز اشتراط تأخير الشىء المستأجر ولا تأخير العمل المستأجر له طرفة عين فما فوق ذلك لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ومن هذا استئجار دار مكتراة أو عبد مستأجر أو دابة مستأجرة أو عامل مستأجر أو غير ذلك . كذلك قبل تمام الاجارة التى هو مشغول فيها لأن فى هذا العقداشتراط تأخير قبضه الشىء المستأجر أو العمل المستأجر له وهذا صريح فى عدم جواز اضافة الاجارة وعدم جواز تعليقها أيضا [٣] .

مذهب الزيدية :

والزيدية يذهبون الى عدم جواز اجارة الأعيان فى زمن مستقبل سواء أكانتمؤجرة أم لا ويرى المؤيد بالله والناصر أنها تصح مع الاضافة وقيل ان كانت مؤجرة فعلا لم تصح والا جازت اضافتها أما اجارة الذمة وهى الاجارة على الأعمال فتصح اضافتها الى وقت مستقبل [٤] .

مذهب الامامية :

والشيعة الامامية أجازوا اضافة الاجارة بدليل أنهم أجازوا السلم فيها وليس الاضافة [٥] ولكن جاء قبل ذلك فى تحرير الأحكام ولوشرط فى عقدالاجارة مدةمتأخرة عنالعقد قالالشيخ لميجز العقدوقالصاحب التحرير وعندى فيه نظر وجاء فى موضع آخر فى الصفحة نفسها لا يشترط فى مدة الاجارة اتصالها بالعقد ولو أجره عن شهر المحرم وهما فى رجب صحت والخلاصة أن عندهم فى جواز اضافتها قولين كما فى شرائع الاسلام [٦] وفى اجارة الذمة يجوز التعجيل والتأجيل لأن الالتزام فيها دين ولكن لو استأجره لخياطة ثوب فى خمسة أيام بعد شهر لم يجز ولو استأجره هذا الوقت شهرا بكذا وما زاد فبحسابه صح فى شهر فقط .

---

(١) كشاف القناع جـ٢ ص٢٩٧ .
(٢) المغنى جـ٦ ص٦ .
(٣) المحلى جـ٨ ص١٨٣ مسألة ١٢٩٠ .
(٤) شرح الأزهار جـ٣ ص٢٦٧ ، ٢٦٨ .
(٥) تحرير الاحكام جـ١ ص٢٤٥ ، ٢٥٧ .
(٦) جـ١ ص٢٣٤ .

مذهب الاباضية :

ويرى الاباضية كما جاء فى شرح النيل [١] ما يدل صراحة على جواز اضافة البيع والهبة والرهن والصدقة والاصداق بل وعلى جواز تعليقها. ومن السائغ أن يجعل ذلك دليلا على أنهم يجوزون اضافة الاجارة وتعليقها .

التعليق

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية عدم جواز تعليق الاجارة على الشرط لأنها تمليك والتعليق عندهم مفسد للتمليكات سواء أكانت فى الأعيان أم فى المنافع لأنها انما شرطت لافادة آثارها فى الحال واستثنوا من ذلك الوصية لأنها بطبيعتها عقد مضاف وذلك ما يجعله قابلا للتعليق اذ هو فى الحقيقة ضرب من الاضافة وبناء على هذا اذا أجر شخص آخر أرضه فى جهة كذا ان زوجه ابنته مثلا فالعقد فاسد [٢] .

مذهب المالكية :

ويرى المالكية عدم جواز تعليق الاجارة فقد نص القرافى فى فروقه على أن الاجارة فاسدة مع التعليق كان قدم زيد فقد أجرتك كذا [٣] .

مذهب الشافعية :

وكذلك يرى الشافعية عدم جواز تعليقها كما نص على ذلك فى نهاية المحتاج [٤] .

مذهب الحنابلة :

جاء فى مطالب أولى النهى ولا يشترط أن تلى مدة الاجارة العقد فتصح اجارة عين لسنة خمس فى سنة أربع . وهذا ما يدل على جواز اضافة الاجارة لمعرفة ابتداء مدتها ولا يدل على جواز تعليقها لجهالة ابتداء المدة بسبب جهالة حدوث الشرط المعلق عليه ولكن جاء فى الاختيارات لابن القيم [٥] : ومن الحكام من يرى أن الاجارة لا تجوز الا اذا أمكن الانتفاع بالعين المستأجرة عقب العقد فان أراد أن يستأجر أرضا للازدراع ذكر أنه يستأجرها مقيلا ومراحا ومزدرعا ونحو ذلك حتى تكون المنفعة ممكنة أثر العقد . وهذا يدل على عدم جواز اضافة الاجارة وتعليقها وعلى ذلك يكون فى جواز اضافتها رأيان عندهم وفى تعليقها رأى واحد هو عدم الجواز .

مذهب الظاهرية :

ويرى ابن حزم الظاهرى : عدم جواز تعليق الاجارة كما أشير الى ذلك فى حكم اضافتها عنده [٦] .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار : ان عقد الاجارة على وقت مستقبل لا يصح سواء أكانت العين مؤجرة أم لا وفى الابانة ان كانت مؤجرة لم تجز والا جاز وهذا فى غير الأعمال فانه يصح عقدها على وقت مستقبل مطلقا وهذا يدل على عدم صحة تعليقها اذ التعليق اجارة فى وقت مستقبل فى غير الأعمال

(١) جـ٥ ص١٠١ .
(٢) جامع الفصولين جـ٢ ص٢ .
(٣) الفروق للقرافى جـ١ ص٢٢٩ طبعة دار أحياء الكتب .
(٤) جـ٥ ص٢٧٤ طبعة الحلبى .

(٥) مطالب أولى النهى جـ٣ ص٢٢٣ والاختيارات ص ٩١ .
(٦) المحلى جـ٨ ص١٨٣ مسألة ١٢٩٠ .

ولكن جاء فى حاشية شرح الأزهار : ولعل التعليق يدخل الاجارة الصحيحة فيكون الحكم لما وقع به الشرط [١] .

مذهب الامامية :

مقتضى ما نقل عن الشيخ فى الاضافة عدم جواز تعليقها عنده [٢] .

مذهب الأباضية :

مقتضى ما أشير اليه فى اضافتها أنهم يجوزون تعليقها أيضا [٣] .

الاشتراط فى الاجارة

لكل عقد آثار شرعية رتبها الشارع عليه دون حاجة الى النص عليها عند انشائه وهذه الآثار قد لا تفى برغبات العاقدين وأغراضهما وعندئذ يحتاجان الى اشتراط فى العقد عند انشائه ما يحقق لهما ما يرغبان فيه من انشاء العقد غير أن هذه الشروط التى يرى العاقدان اضافتها اليه عند انشائه تحقيقا لغرضهما شروط متعددة مختلفة ومنها ما يتفق وما شرع لأجله العقد ومنها ما يخالف مقتضاه ويتعارض مع آثاره الشرعية لذلك لم يترك أمر الاشتراط فى العقود فوضى بدون ضوابط بل حددت لها حدود يجب ألا يتجاوزها الاشتراط وهذه الحدود تختلف سعة وضيقا باختلاف أنظار الفقهاء فأوسعهم حدودا الحنابلة والشيعة وأضيقهم حدودا الظاهرية وفيما بين ذلك سائر المذاهب على اختلاف بينها وقد جعل الحنفية منها شروطا صحيحة ومنها شروطا فاسدة ومنها شروطا باطلة . وعرفوا الشرط الصحيح بأنه ما جاء به شرع أو جرى به عرف أو جاء مؤكدا لمقتضى العقد كما عرفه الشافعية بانه ما كان فى مصلحة العقد اشتراطه وأريد به غرض صحيح واقتران عقد الاجارة وغيره من العقود بالشرط الصحيح لا يؤثر فى صحته بل يلزم الوفاء به مع العقد أما اقترانه بغير الصحيح فانه يفسده عند الحنفية اذا كان الشرط فاسدا وهو ما لم تتوفر فيه شروط الصحيح وفيه منفعة لأحد العاقدين أو لآخر غيرهما .

وجاء فى الدر المختار أن الاجارة تفسدها الشروط المخالفة لمقتضى العقد وان كل ما يفسد البيع يفسدها كجهالة المستأجر أو الأجرة أو المدة وكاشتراط اصلاح محل المنفعة أو القيام بمغارمه كما تفسد بعدم التسمية ولكن اذا كان باطلا بطل وصح العقد وفى بيان الشروط الصحيحة وغير الصحيحة وبيان أثرها اذا اقترنت بعقد الاجارة خلاف بين المذاهب يرجع اليه فى مصطلح « اشتراط أو شرط » [٤] .

المدة فى عقد الاجارة

ذكرنا فيما سبق أن محل عقد الاجارة اذا كان منفعة ممتدة تستمر مع سير الزمن وجب لصحتها بيان مدتها لتكون معيارا وتقديرا لمحل العقد سواء أكانت تلك المنفعة عملا يقوم به عامل كالخدمة فى منزل وحراسة المنازل ورعى الأغنام ونحو ذلك وكذلك الحكم اذا كان محل الاجارة مجرد انتفاع

---

(١) جـ٣ ص٥٩ ، ٢٦٧ .
(٢) تحرير الاحكام جـ١ ص٢٤٥ .
(٣) شرح النيل جـ٥ ص١٠١ .
(٤) الدر المختار لابن عابدين جـ٥ ص٤ طبعة الحلبى.

ممتديبغيه المستأجر من العين التى استأجرها كالسكنى فى المنازل والركوب فى الدواب اذا لم يقيد بمسافة معينة واللبس فى الثياب وما الى ذلك. وأما اذا كان المحل منفعة معينة محددة كاصلاح آلة ونسخ كتاب وشق طريق وبناء منزل والتوصيل الى مكان معين فلا تحتاج الاجارة الى ذكر مدة لها لتعين محلها بوصفه . ويلاحظ أنه لا فرق فى ذلك بين أن تتعلق المنفعة بعين كدار ودابة وبين أن تتعلق بشخص من الأشخاص سواء أكان أجيرا خاصا كموظف فى مصلحة أو أجيرا مشتركا كحداد وخياط وراع للغنم وحارس للمزارع غير أنه بالنسبة الى الأجير الخاص لا تعرى الاجارة عن المدة لأن العقد يقع عليها فى الواقع وبالنسبة الى الأجير المشترك قد يجب فيها ذكر المدة كما فى الراعى يرعى الغنم بكل من يطلب اليه ذلك وقد لا يجب فيها ذكر المدة كالحداد والنجار وما الى ذلك أما الأعيان فالكثير الغالب فى استئجارها أنها تستأجر بمنفعة لها تمتد مع الزمن ولذا لا تعرى اجارتها عن مدة اللهم الا اذا استأجر قلما لنسخ كتاب ففى مثل ذلك لا تتوقف صحة الاجارة على مدة واذا ما لزم فى عقد الاجارة وجب أن تكون محددة حتى تصلح معيارا ووجب بيان بدايتها فان لم يذكر لها بداية ابتدأت من وقت العقد وعند بيان بدايتها فان العقد يبتدىء من ذلك الوقت مع ملاحظة ماسبق ذكره بالنسبة الى الشافعية ومن ذهب مذهبهم وهو وجوب ابتداء الوقت فى الاجارة من وقت العقد دائما وعدم صحة اضافتها وأقل مدة تصح بها الاجارة هوماله أجر عرفا فاما مالا يعطى فيه أجر عرفا فقصره كاستئجار دار للسكنى خمس دقائق فلا تصح معه الاجارة . ولا حد لأكثرها عند الحنفية . جاء فى الفتاوى الهندية [1] ويصح عقد الاجارة على مدة معلومة أية مدة كانت قصرت المدة كاليوم ونحوه أم طالت كالسنين كذا فى المضمرات واذا وقع عقد الاجارة على أشهر مثلا معدودات فان كان فى غرة الشهر وقع على الأهلة بلا خلاف حتى اذا نقص الشهر يوما كان عليه كمال الأجرة وان وقع فى أثناء الشهر احتسب ثلاثين يوما بالاجماع وكمل من أيام الشهر التالى ان كانت المدة شهرا واحدا فان كانت أشهرا معدودات ففى احتساب المدة حينئذ روايتان عن أبى حنيفة احداهما تقضى باعتبار الشهور كلها بالأيام وثانيتهما تقضى باكمال الشهر الأول من أيام آخر الشهور مع احتساب ما بين ذلك بالأشهر الهلالية وهذا اذا لم يقض العرف بخلاف ذلك فان كان العرف يقضى بارادة الأشهر الشمسية لا القمرية اعتمد العرف وارجع فى تفصيل هذه الأحكام وبيانها فى المذاهب الى مصطلح « أجل » .

واذا وجب لصحة عقد الاجارة ذكر مدة له كان الشرط فيها أن تكون مدة للعمل الذى تم عليه العقد فيها أجر عرفا فان لم يكن له فيها أجر عرفا لم تصح الاجارة لفوات شرط تقويم المنفعة محل العقد وهذا ما يحد به أقلها ولا حد لأكثرها عند الحنفية فيجوز أن تقع على سنين معدودة تعجل أجرتها أو لا تعجل على حسب ما يتم عليه العقد واستثنوا اجارة الأعيان الموقوفة

(١) جـ٤ ص٤١٥ .

فقالوا لا يجوز أن تزيد مدة الاجارة فى الضياع على ثلاث سنين وجاء فى الجوهرة ان الحكم كذلك فى أرض اليتيم وجاء فى حاشية الرملى أنه يجرى أيضا فى أراضى بيت المال وان الفتوى على ذلك صونا لها عن دعوى الملكية فيها استنادا الى طول المدة [١] « وارجع فى تفصيل ذلك وبيان أحكام المذاهب فيه الى مصطلح « اجارة الوقف »

مذهب المالكية :

وذهب المالكية الى أنه يجوز كراء الدار الى مدة لا تتغير فيها غالبا وينقد الأجرة عليها ذكر ذلك ابن شاش فاما مالا يؤمن تغيرها فيه لطول المدة أو لضعف البناء وشبه ذلك فيجوز العقد دون نقد الأجرة ما لم يغلب على الظن أنها لا تبقى الى المدة المعينة فلا يجوز كراؤها اليها قال مالك لا بأس باجارة العبد عشر سنين الى خمس عشرة سنة وقال ابن يونس تجوز اجارة الدور الى ثلاثين سنة بنقد وبأجل لأنها مأمونة [٢] .

مذهب الشافعية :

ويرى الشافعية [٣] صحة عقد الاجارة فى العين على مدة تبقى فيها تلك العين بصفاتها المقصودة على ما يظن غالبا كسنة فى نحو ثوب وعشر سنوات فى الدابة ومائة سنة أو أكثر فى الأرض سواء أكانت وقفا أم لا وفى قول لا يزاد فى مدة الاجارة على سنة لأن الحاجة تندفع بذلك وفى قول لا تزيد على ثلاثين سنة لأن الغالب تغير الأشياء بعدها .

(١) الدر المختار لابن عابدين جـ٥ ص٤ طبعة الحلبى.
(٢) الحطاب والمواق جـ٥ ص٤٠٧ ومابعدها والشرح الكبير جـ٤ ص١٢ .
(٣) نهاية المحتاج جـ٥ ص٣٠٢ .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة ان مدة الاجارة لا حد لأكثرها بل يجوز اجارة العين المدة التى تبقى فيها وان طالت وهذا قول كافة أهل العلم وعند الشافعية فى ذلك قولان [٤] .

مذهب الظاهرية :

وفى المحلى لابن حزم : وجائز استئجار الدور والدواب وغير ذلك الى مدة قصيرة أو طويلة اذا كان مما يمكن بقاء المؤجر والمستأجر والشىء المستأجر اليها فان كان لا يمكن بقاء أحدهم اليها لم يجز العقد وكان مفسوخا أبدا [٥] .

مذهب الزيدية :

ويرى الزيدية أنه لا حد لأكثرها أيضا أما أقلها فهو ماله أجرة عرفا أو ما فى حكم ذلك كالأعمال المحصورة المعينة كالخياطة ونحوها [٦] .

مذهب الامامية :

وفى تحرير الأحكام للشيعة ليس لمدة الاجارة حد لأكثرها بل يجوز على ما يتفق عليه العاقدان سنة أو ثلاثين سنة أو أكثر واذا ذكرت المدة لم يجب تقسيط الأجرة فيها على الأيام أو على الأشهر أو على السنين ولو قسطت جاز .

مذهب الأباضية :

وجاء فى شرح النيل ومن شرط المدة تحديدها كيوم وجمعة وشهر وسنة لا الى أجل لا يبلغ اليه عادة كخدمة عبد ألف سنة أو

(٤) المغنى جـ٦ ص٨ .
(٥) المحلى جـ٨ ص١٨٨ مسألة ١٢٩٤ .
(٦) التاج المذهب جـ٣ ص٧٢ .

عشرة آلاف سنة مما لا يعاش اليه عادة أو مما يعاش اليه لكن العادة ألا يطيق تلك الخدمة من عاش اليه .

المدة في عقد الاجارة

مذهب الحنفية :

واذا شرطت المدة فى عمل محدد معين لا يمتد كأن يستأجر شخص آخر ليخيط له هذا الثوب اليوم ونحوه قدم ذكر اليوم أو أخره فالعقد فاسد عند أبى حنيفة وعند صاحبيه العقد جائز وعلى هذا الخلاف، اذا استأجر دابة لتوصله الى بلدة كذا فى ثلاثة أيام مثلا وجه قولهما ان المعقود عليه هو العمل لأنه المقصود من العقد وهو معلوم فكان ذكر المدة للتعجيل ولم تكن المدة معقودا عليها فلم يمنع ذكرها من صحة العقد فان وقع العمل فى المدة المبينة وجب الأجر كله وان لم ينته فى المدة المعينة وجب اتمامه بعد المدة بمقتضى العقد غير أنه اذا لم يتم الا بعد المدة المعينة تبين ان استحقاق المسمى لم تتوافر شروطه ووجب بذلك أجر المثل لا يزاد على ما شرط فى العقد ومعنى ذلك أن العقد يتبين فساده بانتهاء المدة قبل تمام العمل اذ أن وجوب أجر المثل دون المسمى دليل صيرورة العقد فاسدا — ووجه قول أبى حنيفة أن المعقود عليه مجهول لأن العقد تضمن أمرين كل منهما يجوز أن يكون معقودا عليه وهما العمل والمدة أما العمل فالأمر فيه ظاهر وأما المدة فلأنه لو استأجر شخصا يوما للخبازة من غير ذكر مدة جاز وحكمها مختلف لأن العقد على المدة يقتضى وجوب الأجر من غير عمل لصيرورته بذلك أجيرا خاصا والعقد على العمل يقتضى وجوب الأجر بالعمل لأنه يصير أجيرا مشتركا واذا صلح كل منهما لأن يكون محلا للعقد وليس أحدهما بأولى من الآخر فى اعتباره محلا له كان المعقود عليه مجهولا وذلك يوجب فساد العقد وليس هذا مثل الاجارة على العمل بشرط أن ينتهى فى يومه اذا لم يجعل الوقت فى مثل هذا معقودا عليه بل جعل صفة للعمل بدليل انه لو لم يعمل شيئا فى اليوم الأول وعمل فى اليوم الثانى استحق أجر المثل لأنه قام بعمل غير ما تم عليه العقد ، ذلك ما ذهب اليه الحنفية [1] .

مذهب المالكية :

ويرى المالكية أنه اذا جمع بين العمل والزمن فان كان الزمن مساويا للعمل بحيث يقضى العرف أو العادة باتمام العمل فيه فقد ذكر ابن رشد ان الاتفاق على المنع وفساد العقد وذكر فيه ابن عبد السلام أن القول بعدم الجواز أحد قولين مشهورين ثانيهما عدم الفساد ، وان كان الزمن أوسع من العمل عادة فقد ذكر فيه ابن عبد السلام الاتفاق على الجواز وذكر ابن رشد فيه أنه ممنوع على المشهور وجائز على خلافه وعلى القول بالفساد فالواجب باتمام العمل أجر المثل بالغا ما بلغ [2] .

مذهب الشافعية :

ويرى الشافعية انه اذا جمع بين الزمن والعمل بأن استأجره ليخيط هذا الثوب هذا

---

(١) البدائع جـ٤ ص١٨٥ .
(٢) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص١٢ ، ص١٣ وحاشية الدسوقي عليه .

اليوم لم يصح العقد فى الأصح للغرر اذ قد يتقدم العمل أو يتأخر كما لو أسلم فى قفيز حنطة على أن يكون وزنه كذا حيث لا يصح السلم لاحتمال زيادته أو نقصه وذهب السبكى الى أن الثوب اذا كان صغيرا يفرغ من خياطته فى الزمن المحدد صح ولا عبرة باحتمال حصول عائق لأنه خلاف الغالب فلا يلتفت اليه وهذا اذا لم يقصد بالزمن الاستعجال بل قصد به التقدير فان قصد به الاستعجال فقط صح العقد لأنه فى هذه الحال يكون غير منظور اليه عند المتعاقدين والقول الثانى يصح العقد [1] .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة أنه اذا جمع بين الزمن والعمل كما لو استأجر أجيرا ليخيط له هذا الثوب فى هذا اليوم لم يصح العقد لأنه قد يفرغ منه قبل انقضاء اليوم فانه استكمل فى بقية اليوم فقد زاد على المعقود عليه وان لم يعمل فقد ترك العمل فى بعض زمنه الذى تضمنه العقد وذلك غرر يفسد به العقد ولكن يصح الجمع بين المدة والعمل جعالة لأنه يفتقر فيها مالا يفتقر فى الاجارة واذا تم العمل قبل انقضاء المدة لم يلزمه العمل فى بقيتها لأنه وفى ما عليه قبل مدته فلا يلزمه شىء آخر كالمدين يقضى الدين قبل أجله وان مضت المدة قبل تمام العمل كان للمستأجر فسخ العقد لأن الأجير لم يف له بشرطه فان رضى البقاء على العقد لم يملك الأجير الفسخ لأن الاخلال من قبله وعند اختيار امضاء العقد يكون الأجير مطالبا بالعمل لا غير وان فسخ العقد كان للأجير أجر مثل ما عمل [2] .

مذهب الزيدية :

اذا جمع بين العمل والزمن بأن شرط المستأجر على الأجير عملا معينا فى زمن حدده كأن شرط عليه أن يوصل هذا الحمل الى بلدة كذا فى خمسة أيام فزاد عليها فسدت الاجارة واذا فعل كان له أجر المثل لا يزيد على المسمى وانما فسدت الاجارة فى هذه الحال لأنه لا يعلم محل العقد أهو العمل أم المدة .

مذهب الامامية :

جاء فى تحرير الأحكام اذا جمع بين المنفعة والزمن كما لو استأجره ليخيط هذا الثوب فى هذا اليوم قال الشيخ لا يجوز لامكان الفعل فى أقل من ذلك الزمان أو أكثر — ويحتمل الجواز لأن الاجارة وقعت على العمل والمدة انما ذكرت للاستعجال وحينئذ ان انفرد قبل المدة لم يكن لهأنيلزمه بالعمل فى باقيها والا كان للمستأجر فسخ العقد فان فسخه قبل البدء فى العمل فلا أجرة وان أتم شيئا منه كان له أجر مثله واذا اختار المستأجر الامضاء كان له الزام الأجير بباقى العمل خارج المدة لا غير وليس للأجير حق الفسخ [3] .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل أنه عند الجمع بين المدة والعمل فى عقد الاجارة اختلاف فقيل

---

(١) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٧٩ .

(٢) مطالب اولى النهى شرح غاية المنتهى جـ٣ ص٦٣٦ .

(٣) تحرير الأحكام جـ٣ ص٢٤٥ .

بالجواز وقيل بعدمه لأنه قد يتم العمل قبل الأجل أو بعده [١] .

الاجارة الصحيحة أنواعها

والاجارة ضربان : اجارة ذمة واجارة عين :

ذلك لأنها قد تقع على منفعة عين أو شخص ولهذا النوع صورتان : أولهما أن تكون هذه المنفعة مستمرة الى أمد معلوم كاجارة دار للسكنى وثوب للبس وأجير للخدمة وضابطها أن تكون منفعة مستمرة معيارها الزمن لا تقدر الا به وثانيهما أن تكون هذه المنفعة غير مقدرة بالزمن ولا يتوقف تعيينها عليه كاصلاح آلة أو حمل متاع الى مكان كذا أو شق طريق الى جهة كذا أو غزل مقدار من الصوف أو نسج مقدار من الغزل أو هدم جدار معين أو نشر خشبة — والمنفعة فى هاتين الصورتين كما يرى قد تكون منفعة عين وقد تكون منفعة شخص واذا كانت منفعة عين فقد تكون عينا معينة بالاشارة اليها أو بالتسمية والوصف كهذه الدار أو كدارك بجهة كذا وقد تكون غير معينة وانما دل عليها بأوصاف تنطبق على أعيان كثيرة تجمعها وتندرج تحتها — وفى هذه الحال الأخيرة تكون الاجارة اجارة ذمة وذلك لشغل ذمة المؤجر بتقديم هذه العين التى دل عليها بأوصافها ليستوفى منها المستأجر المنفعة التى وقع عليها العقد وذلك بخلاف الحال السابقة عليها اذ لا تشغل ذمة المؤجر بشيء وليس عليه الا أن يمكن المستأجر من العين المستأجرة والفرق بين الحالين واضح ففى الحال السابقة حال اجارة الذمة اذا قدم المؤجر العين الى المستأجر فتلفت قبل تمام المعقود عليه لم تنفسخ الاجارة وكان عليه أن يقدم عينا أخرى وهكذا حتى يستوفى ما تم التعاقد عليه [٢] وفى الحال الأولى اذا مكن المؤجر المستأجر من العين فتسلمها ثم هلكت قبل تمام العمل انفسخت الاجارة لانعدام محلها وهو منفعة هذه العين التالفة بسبب تلفها بخلاف الحالة فى غير التعيين فان محل العقد لا يزول ولا ينعدم بتلف العين فيها اذ محلها منفعة تشغل ذمة المؤجر عليه الوفاء بها بأى عين يقدمها وهذه الحال هى ما تسمى باجارة الأعيان أو الأشياء واذا كانت المنفعة التى وقع عليها العقد منفعة شخص فقد تكون هذه المنفعة مستمرة يتوقف تقديرها على الزمن كالخدمة فى المنازل وحراسة المزرعة ورعى الأغنام وقد تكون منفعة لا يتوقف تقديرها على الزمن كاصلاح آلة وخياطة ثوب وحمل متاع الى جهة كذا وصناعة مكتب ونحو ذلك — وهذه الحال هى ما تسمى باجارة الأشخاص أو العمال والمستأجر فيها يسمى أجيرا وهو اما خاص ويقال له الأجير الواحد اذا ما قصر على العمل للمستأجر فى زمن معين كيوم أو شهر فلم يكن له أن يعمل لغيره فيه أو أجير مشترك وهو ما يجوز له أن يتقبل العمل ممن يطلبه اليه وان تعدد فى وقت واحد ومحل العقد فى الأجير الخاص هو الزمن المعين فى عقد الاجارة ولذا لم يكن عليه الا ان يسلم نفسه فيه سواء عمل أم لم

(١) شرح النيل جـ٥ ص٤٩ ، ٥٠ .

(٢) بدائع جـ٤ ص١٨١ . الشرح الكبير جـ٤ ص٢٢ ونهاية المحتاج جـ٥ ص٣٠٠ وص٣٠١ والمغنى جـ٦ ص٥٠

يمكن من العمل فيه ومحل العقد فى الأجير المشترك هو منفعته التى شغلت ذمته ووجب عليه الوفاء بها ولذا كانت اجارة الأجير المشترك من اجارة الذمة دائما ذلك بيان عام لأنواع الاجارة وفيما يلى بيان أحكامها .

اجارة الأعيان

مذهب الحنفية :

لقد علمت أن الاجارة لا ترد الا على المنافع فهى محل العقد أو المعقود عليه فى عقد الاجارة وهى كما يلاحظ معدومة عند انشاء العقد ولهذا يرى الحنفية اقامة الأعيان مقام منافعها فى عقد الاجارة واعتبر وجودها وجودا لمنافعها حتى يتحقق الارتباط بين المتعاقدين ومن ثم لم تصح اجارة معدوم — وبناء على ذلك اذا وقع عقد الاجارة على منفعة عين من الأعيان فقد يكون من قبيل اجارة الذمة كما قدمنا وقد يكون اجارة لعين معينة غير أن من الأعيان ما لا تتصور فيه اجارة الذمة وهو العقار لوجوب تعيينه فى عقد الاجارة .

فان كان من قبيل اجارة الذمة التزم المؤجر بموجبه أن يأتى بالعين التى تؤدى بها المنفعة محل العقد وان تكون على وفق ما تضمنه العقد من شروط وأوصاف فيها والا كان له ان يمتنع من تسلمها وليس للمؤجر أن يمتنع من تسليم العين للمستأجر حتى يؤدى اليه الأجر الا اذا كان قد شرط تعجيله اذ أنه لا يستحق الأجر بالعقد وانما يستحقه بتمكن المستأجر من الانتفاع أو باشتراط تعجيله ولذا لم يكن له الامتناع عن التسليم الا عند اشتراط التعجيل كما يلاحظ ان اشتراط التعجيل لا يصح فى الاجارة المضافة لما قدمنا وأنه يكفى فى التسليم التخلية بين العين وبين المستأجر على وضع لا يوجد معه مانع يمنعه من تسلمها والانتفاع بها وهذا اذا كان العقد خاليا من خيار الشرط أما عند ثبوت خيار الشرط فانما يجب التسليم بعد سقوطه [1] واذا كانت العين المستأجرة دابة وجب مع بيانها بيان من يركبها ان كانت الاجارة للركوب وماسيحمل عليها ان كانت للحمل لأن ذلك مما يتفاوت ويختلف باختلاف الناس وبيان الغاية التى استؤجرت اليها وبيان المدة والمكان الى غير ذلك مما يحدث النزاع بسبب ترك بيانه واذا كانت أرضا وجب بيان ما يزرع فيها والا فسدت الاجارة واذا كانت دارا للسكنى لم يجب بيان الساكن كما سيأتى [2] .

واذا مضى بعض مدة الاجارة دون تسليم للعين فأراد المؤجر تسليمها بعد مضى بعضها فليس للمستأجر أن يمتنع من تسلمها فى باقى المدة اذا لم يكن فى المدة المعينة وقت يرغب فيها لغرض فيه قد فات فان فات بتأخير تسليمها كان للمستأجر الخيار فى تسلمها وفسخ العقد لذلك [3] .

ويجب أن تكون العين سليمة من العيوب التى تحول دون الانتفاع بها أو تؤدى الى نقصه نقصا يفوت به غرض المستأجر والا بطلت أو كانت غير لازمة وكان للمستأجر

---

(١) بدائع جـ٤ ص١٧٩ .
(٢) بدائع جـ٤ ص١٨٤ .
(٣) البدائع جـ٤ ص١٨٨ والدر المختار جـ٥ ص٩ .

خيار الفسخ كما قدمنا فى الخيار بسبب العيب [١] — أما الأجرة وأداؤها فعلى حسب ما اتفق عليه المتعاقدان قدرا وتعجيلا وتأجيلا اذا اختار امضاء العقد وهذه الأحكام كلها لا تختص باجارة العين التى هى من قبيل اجارة الذمة بل تثبت أيضا فى اجارة العين المعينة طلب منفعتها — ذلك ما ذهب اليه الحنفية .

مذهب المالكية :

ولم يخالف المالكية فيما ذكرنا من أحكام مع مراعاة ما فصلناه فيما سبق خاصابالأجرة وحلولها وقبضها [٢] ومع ملاحظة أنهم أجازوا كراء دابة أو دار أوسفينة لمدة معينة بأجر معلوم على أن المستأجر ان استغنى فى أثناء هذه المدة أو فى أثناء المسافة المعينة فى العقد كان له حق الفسخ وحاسب المؤجر وأعطاه بنسبة ما انتفع مع مراعاة الصعوبة والسهولة وتصديقه فى استغنائه لأنه أمين — أما ان استأجر ذلك على أنه اذا زاد على ذلك فبحسبانه لم يجز الا اذا عين غاية لما يريد زيادته لاشتمال التعاقد حينئذ على صفقتين فى صفقة [٣] .

واذا وقعت الاجارة على منافع فى الذمة كأجرتك على فعل كذا فى ذمتك ان شئت فعلته بنفسك أو بغيرك أو على أن تحملنى على دوابك وجب تعجل الأجرة حتى لا يقابل دين بدين [٤] .

(١) تحفة الفقهاء جـ٢ ص٥١٨ .

(٢) الشرح الكبير جـ٤ ص١١ الى ١٦ ، ٢٢ .

(٣) الشرح الكبير جـ٤ ص١٠ .

(٤) الشرح الكبير جـ٥ ص٣ .

مذهب الشافعية :

ويرى الشافعية — أنه يجب فى اجارة الذمة ان عقدت بلفظ سلم أو بلفظ اجارة وجوب تسليم الأجرة فى المجلس كما يجب تسليم رأس مال السلم فى مجلس العقد لأنها تعد حينئذ سلما فى المنافع فيمتنع فيها تأجيل الأجرة سواء تأخر العمل فيها عن وقت العقد أم لا كما يمتنع حينئذ الاستبدال بها والحوالة بها . أما فى اجارة العين كما سيأتى فيجوز فى الأجرة التأجيل والتعجيل غير أنها اذا كانت عينا معينة لم يجز تأجيلها لأن الأعيان لا تقبل التأجيل [٥] ويشترطون فى اجارة الذمة للركوب لا للحمل ذكر جنس نوع الدابة وذكورتها وانوثتها ويوجبون على المؤجر فى اجارة الذمة الخروج مع العين ان كانت دابة ليتعهدها وليعين الراكب فى ركوبه ونزوله بحسب العرف والحاجة وعليه رفع الحمل وحطه وشده وحله وعليه الرعاية والمعونة فى غير الدابة بحسب العرف وليس عليه فى اجارة العين الا التخلية بين العين والمستأجر .

ويرون أيضا أن تقدير المنفعة بالزمن لا يتأتى فى اجارة الذمة اذا كانت الاجارة على عمل معين لأن الذى يشغل الذمة هو العمل فلا تصح الاجارة اذا قال له الزمتك خياطة هذا الثوب فى يومين مثلا [٦] .

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة — أنه يشترط استقصاء صفات السلم فى عين مستأجرة موصوفة فى

(٥) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٦٢ .

(٦) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٧٩ ، ٢٨٦ ، ٢٩٨ وما بعدها .

الذمة كما يراعى ذلك فى عين معينة غائبة عن مجلس العقد لكونها غير مشاهدة ويجب قبض الأجرة فى اجارة الذمة بمجلس العقد حتى لا يصير بيع دين بدين وليس لهم أحكام مخالفة فيما سبق متعلقا بوجوب التسليم وخلو العيب من العين ونحوه ووجوب خروج المكرى مع العين كالدابة للمعونة والرعاية بحسب ما يقضى به العرف [١] .

مذهب الزيدية :

يرى الزيدية ما يراه سائر الفقهاء فى اجارة الأعيان مطلقا سواء كانت اجارة ذمة أو اجارة عين فى وجوب تسليم العين على المكرى أو التخلية بينها وبين المكترى بحيث لا يكون هناك مانع من الانتفاع بها واذا كان المستأجر أرضا للزراعة بين ما سيزرعه فيها واذا كان دابة بين ما سيركب ان كانت للركوب وما سيحمل ان كانت للحمل وتنفسخ الاجارة بالتلف اذا كانت لعين معينة ويجب الاستبدال على المكرى ان كانت اجارة ذمة دون أن يكون للمكترى خيار ويصحب المكرى العين المؤجرة بحسب ما يقضى به العرف [٢] ويجوزون تعجيل الأجرة وتأجيلها .

مذهب الامامية :

ويرى الامامية وجوب تسليم العين المستأجرة على المؤجر أو التخلية بينها وبينه واذا كانت مشغولة وجب عليه تفريغها قبل

(١) المغنى جـ٦ ص٩٥ وما بعدها .

(٢) التاج المذهب جـ٣ ص٧٨ وما بعدها الى ص٩٦ والأزهار جـ٢ ص٢٧١ وما بعدها .

ابتداء مدة الاجارة [٣] كما يجب بيان ما يطلب منها من منفعة يترتب على عدم ذكرها نزاع [٤] وقال الشيخ يجوز السلم فى المنافع فان ذكر العقد بلفظ السلم كان من شرطه قبض الأجرة فى المجلس وان تم العقد بلفظ الاجارة مثل أن يقول استأجرت منك ظهرا صفته كيت وكيت لكذا ففيه وجهان أحدهما اشتراط القبض فى المجلس والثانى عدم اشتراطه ولم يرجح الشيخ أحدهما .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل : الاجارات وجهان : منافع فى معين محسوس ، ومنافع بذمة ففى الوجه الأول يجب رؤية ما تعلقت به المنفعة ويكفى الوصف والرؤية المتقدمة كرعى غنم أو حصد زرع أو حرث الأرض فيجب رؤية الغنم والزرع والأرض ونحوه مما يقصد اليه كخياطة هذا الثوب ونسخ هذا الكتاب وفى الثانى يكفى وصف المنفعة وتعيين مدتها ان احتاجته [٥] .

اجارة الأعيان المعينة

مذهب الحنفية :

يترتب على استئجار العين المعينة وجوب تسليمها الى مستأجرها عقب العقد أو عند ابتدائه اذا كانت الاجارة مضافة الى زمن مستقبل وليس له أن يحبسها لقبض الأجرة الا عند اشتراط تعجيلها .

(٣) تحرير الأحكام ص ٢٤٨ .

(٤) تحرير الأحكام ص٢٤٩ ، ٢٥٠ .

(٥) النيل جـ٥ ص٦٦ .

واذا كانت العين دارا للسكنى لم يلزم لصحتها بيان من يسكنها بل تصح وان لم يذكر فى العقد بيان ما سيعمل فيها لأن بيان العرف كاف فى ذلك ولأن منافع السكنى غير متفاوته والتفاوت فيها متسامح فيه عرفا ولذا كان له أن يسكن بنفسه وأن يسكن غيره وليس له أن يفعل فيها ما يضر ببنائها كأن يسكن نجارا وحدادا أو يجعلها مدرسة بخلاف ما اذا استأجر أرضا للزراعة فان العقد لا يجوز حتى يبين ما سيزرعه فيها أو ان يشترط أن يزرع فيها ما يشاء لأن منافع الزراعة مختلفة .واذا كانت مشغولة بزرع غيره لم تصح الا اذا سلمها فارغة عند ابتداء الاجارة وهذا اذا لم يكن الزرع مستحصدا فسلمها مع أمره بحصده .

ولو استأجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها لم يجز لأن ذلك مما يتفاوت واذا تنازعا ينفسخ العقد وان مضت المدة وقد حمل عليها وجب المسمى استحسانا لتعين المعقود عليه ما لا ينتهى فينقلب العقد جائزا وقد كان القياس وجوب أجر المثل [١] ويجب فى هذه الحال رؤية العين عند العقد أو قبله بمدة لا يظن فيها التغيير ويكفى الوصف وصفا كافيا واذا لم تحدث رؤية كان للمستأجر خيار الرؤية واذا شرط فى عقد الاجارة انتفاع شخص معين وجب التقيد به فيما يختلف باختلاف المستعمل ولم يجب فيما لا يختلف بل يبطل الشرط ويصح العقد لأنه لغو من القول لعدم تحقق الغرض

(١) تحفة الفقهاء جـ٣ ص١٥ ، ١٨ والدر المختار جـ٥ ص٢١ ، ٢٤ .

الصحيح من اشتراطه . وبقاء الاجارة فى هذه الحال مرتبط ببقاء العين فاذا تلفت انفسخت الاجارة وليس للمستأجر أن يطالب المؤجر باحضار بدل عنها كما هو الحال فى اجارة الذمة — ويصح فيها تأجيل الأجرة وتعجيلها — وجاز استئجار جدار للبناء عليه بشرط بيان قدره طولا وعرضا وبيان مادة البناء بخلاف اجارة الأرض فلا يشترط فى استئجارها للبناء عليها ذلك .

مذهب المالكية :

المالكية لا يخالفون فى شىء من ذلك غير أنهم يرون فى استئجار العين المعينة اذا لم يكن هناك عرف بتعجيل أجرتها أو كان هناك عرف بتأجيلها انها اجارة فاسدة ما لم يشترط فى عقدها التعجيل سواء عجلت الأجرة فعلا أم لم تعجل فان اشترط صحت الاجارة وان لم يعجل الأجر فعلا [٢] .

مذهب الشافعية :

يرى الشافعية فى استئجار الدار للسكنى أنها تفسد اذا شرط فيها على المستأجر ان يسكنها وحده [٣] ويعلق على ذلك الشبراملسى بأن ذلك اذا كان اشتراطا من المؤجر لا ان كان اشتراطا من المستأجر بأن قال استأجرتها على أن أسكنها وحدى والا صح ويرون أن استئجار الأرض للبناء يجب فيه بيان الموضع الذى سيبنى عليه بطوله وعرضه وسمك الجدار [٤] ويشترط فى اجارة العين

(٢) الشرح الكبير جـ٤ ص٣ ومابعدها بالنظر الى بقية الفروع .

(٣) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٧٨ .

(٤) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٨٤ .

المعينة تعيينها وفى اشتراط رؤيتها الخلاف فى صحة بيع الغائب والأظهر الاشتراط [١]

مذهب الحنابلة :

ويرى الحنابلة أنه لا يشترط فى الاجارة لركوب الدابة بيان الذكورة والأنوثة أو النوع كعربى أو برذون لأن التفاوت بسبب ذلك يسير ويشترط فى الحمل بيان المحمول وفى الحرث معرفة الأرض [٢] .

مذهب الظاهرية :

جوز ابن حزم اجارة الأشياء والأعيان اذا بين ما يقتضيه العقد من بيان كذكر المدة وبيان الشىء المستأجر وبيان المنفعة [٣] ولا يجوز اجارة الأرض أصلا لا للحرث ولا للغرس ولا للبناء عليها ولا لشىء من الأشياء أصلا لا لمدة قصيرة ولا لمدة طويلة ولا لغير مدة مسماة ولا بدنانير ولا بدراهم ولا بشىء أصلا فمتى وقع فسخ أبدا ولا يجوز فى الأرض الا المزارعة بجزء مسمى مما يخرج منها أو المغارسة كذلك فقط أما ان كان فيها بناء قل أو كثر جاز استئجار ذلك البناء وتكون الأرض تبعا له غير داخلة فى الاجارة أصلا ، برهان ذلك ما روى عن رافع أنه قال سمعت عمى وكانا قد شهدا بدرا يحدثان أهل الدار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء الأرض فذكر الحديث وفيه ان ابن عمر ترك كراء الأرض قال : وهو مذهب كثير من الصحابة والتابعين [٤] .

(١) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٨٥ .
(٢) غاية المنتهى جـ٣ ص٥٨٣ وما بعدها .
(٣) المحلى جـ٨ ص١٨٣ .
(٤) المحلى جـ٨ ص١٩٠ .

مذهب الزيدية :

وكذلك يرى الزيدية فى اجارة العين المعينة وجوب وجودها فى ملك المؤجر عند العقد لأنه فى الحقيقة بائع أما المؤجر فاذا كان مؤجرا للحمل لم يلزم أن يكون المحمول موجودا فى ملكه يوم العقد اذا لم يعينه أما اذا عينه فلا بد أن يكون موجودا فى ملكه والا لم تصح الاجارة لأن العمل لا يمكن تسليمه عقب العقد واذا تلف المحمول بعد تعيينه بطلت الاجارة ، وتعيين المحمول اما بالمشاهدة أو بالوصف بما يتعين به وليس للمكرى استبدال الاعيان المستأجرة الا برضا المستأجر ويجب على المكرى اذا لزم عليه السير مع المكترى عرفا وضع الحمل على الدابة وحطه ونحو ذلك مما يقضى به العرف [٥] وهم يوافقون الحنفية فى بقية الأحكام السابقة .

مذهب الامامية :

كل ما صحت اعارته صحت اجارته فكل عين أمكن استيفاء منفعتها مع بقائها صحت اجارتها وتجوز اجارة الأرض للزراعة دون كراهة سواء أكان ذلك بذهب أم بفضة أم بمطعوم غير خارج منها أم من جنس ما يخرج منها أما اذا استأجرها بما يخرج منها فانه لا يجوز ولا خلاف بين العلماء فى جواز استئجار العقار والدواب والأعيان المشاهدة والموصوفة ويجب فى الأعيان المشاهدة رؤية كل ما يتعلق الغرض به فان كانت دارا احتيج الى رؤيتها لتعرف سعتها وضيقها ومرافقها وهكذا [٦] .

(٥) التاج المذهب جـ٣ ص٩٠ وما بعدها .
(٦) تحرير الاحكام جـ٢ ص٢٤٢ .

مذهب الاباضية :

جوزوا اجارة الأشياء والأعيان ما عدا الأراضى فقيل لا تجوز اجارتها ولا يجوز فيها الا المزارعة بجزء خارج ولا يجوز اجارتها بخارج منها ولا بغيره ولا بالدنانير ولا بالدراهم وقيل تجوز اجارتها بالعين ذهب أو فضة [١] .

يد المستأجر على العين

يد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة اتفاقا بين المذاهب ما دام لم يتجاوز حقه فى الانتفاع بها بمقتضى العقد وما شرط فيه ولم يخرج فى انتفاعه عن المعروف بالعرف وعلى ذلك اذا تلفت العين فى يده فى هذه الحال بلا تعد ولا تقصير فى المحافظة عليها فلا ضمان عليه أما اذا تعدى أو قصر فى المحافظة عليها فانه يكون ضامنا لما يلحق العين من تلف أو نقصان وكذلك الحكم اذا تجاوز فى الانتفاع بها حقه فيه فتلفت عند ذلك [٢] .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير [٣] : والمستأجر أمين فلا ضمان عليه ان ادعى الضياع أو التلف سواء فيما يغاب عليه وما لا يغاب عليه ويحلف ان كان متهما ، ولو شرط عليه الضمان — ان لم يأت به ميتا — فلا ضمان ، وتفسد الاجارة بهذا الشرط لأنه مناقض لمقتضى العقد وله أجر المثل زاد على المسمى أو نقص. واذا انقضت الاجارة بانتهاء العمل مع السلامة انقلبت الاجارة صحيحة وجاء فى التوضيح من استأجر معونا أو غيره فلا ضمان عليه فى هلاكه فى يده وهو مصدق الا أن يتبين كذبه ويحلف ان كان متهما قاله ابن القاسم وقيل يحلف مطلقا والقول قول المستأجر فى رد الشىء المستأجر الا ان يكون قد قبضه ببينة نص عليه ابن رشد، وقال ابن الحاجب والمستأجر أمين على الاصح والقول قوله فى تلف الذات التى قبضها لاستيفاء منفعتها سواء أكانت مما يغاب عليه أم لا [٤] .

مذهب الحنابلة :

وفى المغنى [٥] — والعين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر لا يضمنها الا بتعد أو تفريط ولا يعلم فى هذا خلاف واذا انتهت مدة الاجارة فعليه رفع يده وليس عليه الرد أومأ اليه فى رواية ابن منصور بخلاف العارية اذ يجب عليه الرد بخلاف الاجارة لأنه عقد لا يوجب على المستأجر الرد ولا مؤنته وهذا قول بعض الشافعية واذا شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فسد العقد لأنه شرط ينافى مقتضاه واذا فسدت الاجارة لم تكن العين مضمونة أيضا اذا تلفت من غير تفريط ولا تعد لان حكم العقود الفاسدة من حيث الضمان حكم الصحيحة .

مذهب الزيدية :

ويرى الزيدية ان العين أمانة فى يد المستأجر أيضا ولكنها تصير مضمونة فى يده اذا شرط عليه الضمان فيضمن هلاكها ونقصها بغير الاستعمال المعتاد المأذون فيه

(١) شرح النيل جـ٥ ص٣٩ .
(٢) الدر المختار جـ٥ ص٢٧ وما بعدها . والحطاب جـ٥ ص٤١٧ والشرح الكبير جـ٤ ص٤١ . والمواق جـ٥ ص٤١٦ . ونهاية المحتاج جـ٥ ص٣٢٥ ، ٣٠٥ ومنتهى الارادات جـ٢ ص٢٦٥ هامش الكشاف والتاج المذهب جـ٣ ص٩٦ وتحرير الأحكام جـ٢ ص٢٤٤ . وشرائع الاسلام ص٢٣٣ . والنيل جـ٥ ص٨٧ .
(٣) جـ٤ ص ٢٤ .
(٤) الحطاب جـ٥ ص٤٢٧ ، ٤٢٨ .
(٥) جـ٦ ص١١٧ .

ولا يترتب على اشتراط ذلك فساد العقد بل يصح العقد ويلغى شرط التضمين فى ذلك [١] .

واذا خالف المستأجر فأصبحت يده يد ضمان ثم عدل فرجع عن خلافه وعاد الى الوفاق فهل تعود يده يد أمانة فلا يضمن بعد ذلك بهلاك العين فى يده ؟ كان أبو حنيفة يرى أنه يعود الى الوفاق فلا يضمن ثم رجع فذهب الى أنه لا يعود الى الوفاق فيضمن .

ما يجب على المؤجر
وما يجب على المستأجر

فى اجارة الأعيان يجب على المؤجر أن يسلم العين المستأجرة الى المستأجر خالية من العيوب التى تنقص من منفعتها ولايرضاها المستأجر أو يخلى بينها وبين المستأجر وذلك عند ابتداء عقد الاجارة حتى يتمكن المستأجر من استيفاء حقه فاذا وجد بها المستأجر عيبا ينقص من انتفاعها على ما بينا فى خيار العيب كان له خيار الفسخ ما لم يزل العيب قبل فسخه العقد ولأن المؤجر هو مالك العين المستأجرة كان الاصلاح عليه فيما تلف أو نقص بسبب الاستعمال المأذون فيه وهو ما يستوجبه عقد الاجارة أو كان بسبب سماوى لا يد للمستأجر فيه أما اذا كان بسبب اهمال المستأجر وتقصيره فعليه الضمان لتعديه بذلك وهذا اذا كانت العين المستأجرة دابة فنفقتها مدة الاجارة على مالكها لأن نفقة المملوك على مالكه وليس على المؤجر أن يزيد فى عمارة العين واصلاحها عن الحال التى رضيها المستأجر ورآها عليها عند العقد الا اذا كان ذلك مشروطا فى العقد وقد قالوا فى توابع العقود التى لا يتعرض لها فى العقد أنها تحمل على عادة كل بلد وعرفه لأن المعروف عرفا كالمشروط ولذا يكون الخيط على الخياط وفى الحمال أنه يجب عليه ادخال الحمل الى المنزل متى كانت العادة تقضى بذلك وليس عليه أن يصعد به الا اذا شرط ذلك فى العقد وهكذا [٢] أما المستأجر فيجب عليه ان يكون انتفاعه بالعين المستأجرة فى حدود ما يخوله له العقد أو العرف دون تجاوز لذلك ويجب عليه باعتباره ذا يد عليها وهى فى يده أمانة المحافظة عليها كما يحافظ على أمواله وعلى ذلك يكون حكمه بالنظر الى ذلك حكم الوديع وعلى ذلك يكون ضامنا بالتقصير فى ذلك كما يضمن اذا تجاوز فى انتفاعه ما يخوله له العقد والعرف وكما يلزم بازالة ما أحدثه من الأوساخ أو تسبب من الأذى عن اهماله .

وجاء فى التاج المذهب للزيدية :

ولا يجب على المستأجر الانفاق على الدابة المستأجرة لا فى مدة الاجارة ولا فى مدة ردها بل كل ذلك على المالك كالحكم فى الوديعة والعارية فان شرط ذلك فسدت الاجارة لجهالة الأجرة حينئذ لاعتبار ذلك من الأجرة الا أن يبين ما ينفق عليها قدرا وجنسا لانتفاء الجهالة حينئذ [٣] .

(١) التاج المذهب جـ٣ ص٧٦ .

(٢) البدائع جـ٤ ص٢٠٩ . ونهاية المحتاج جـ٥ ص٢٩٥ ، ٣٠٩ . والشرح الكبير جـ٤ ص٢٣ . والتاج المذهب جـ٣ ص٧٩ . وكشاف القناع جـ٢ ص٣٠٥ .

(٣) جـ٣ ص٧٨ .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير : ولايجبر مؤجر كمالك دار على اصلاح احتاجت اليه الدار سواء أضر تركه بالساكن أم لا حدث بعد العقد أم لا وانما يكون للساكن الخيار وهو مذهب ابن القاسم ولو أنفق المستأجر فى ذلك حمل على التبرع واذا انقضت المدة خير المالك فى دفع قيمته منقوضا أو أمره بنقضه وهذا بخلاف ما لو تم ذلك بأذنه فيأخذه بقيمته قائما ان لم يقل فى اذنه ما صرفته عليه فعلى فيأخذ ما صرف عليه [1] .

كيف ينتفع المستأجر

يجب أن يكون انتفاع المستأجر على وفق ما بين فى العقد وتم الاتفاق عليه فيه مع مراعاة العرف لأن الأمر المعروف كالمشروط ويلاحظ أن الرضا بما تم عليه العقد يعد رضا بما هو مثله وما هو خير منه وأقل ضررا بالعين المستأجرة وأن الاذن بالشىء اذن بما هو مثله أو دونه وهذا محل اتفاق بين المذاهب فى الجملة وبيان الحكم فى ذلك على التفصيل فيما يلى :

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن خلاف ما دل عليه العقد غير جائز وهو سبب لوجوب الضمان لأن مباشرته تعد غصبا وهو اما فى الجنس واما فى القدر واما فى الصفة واما فى المكان واما فى الزمان والخلاف من هذه الوجوه قد يكون فى استئجار الدواب وقد يكون فى استئجار العمال كالحائك والصباغ والخياط ما عدا المكان فان الخلاف فيه بالنسبة اليه لا يعد خلافا معتبرا . أما استئجار الدواب فالمعتبر فيه الخلاف فى الجنس والقدر والصفة فان كان الخلاف فى الجنس وكان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل اعتبر هذا الخلاف فاذا أدى الى ضرر أكثر ضمن القيمة اذا عطبت الدابة لأنه يصير غاصبا لها وان أدى الى ضرر مثل الضرر الأول أو دونه لم يضمن لأن الاذن بالشىء اذن بما هو مثله أو دونه فكان مأذونا بهذا الانتفاع دلالة .

أما ان كان ضرر الدابة الناشىء عن الخلاف من وجه آخر كالخلاف فى القدر اعتبر هذا الخلاف من حيث الزيادة والنقص والجنس والثقل وأسس ضمانه على ذلك فاذا استأجر دابة لحمل عشرة أرادب من الشعير فحمل عليها عشرة أرادب من الحنطة فعطبت ضمن قيمتها لأن الحنطة أثقل من الشعير وهى من جنس آخر فلم يكن مأذونا فى ذلك أصلا وصار بذلك متعديا فيضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان وبالعكس لا يضمن لما هو ظاهر من خفة الشعير وثقل الحنطة وقد استثنوا من عدم اجتماع الأجر والضمان مال اليتيم والمال الموقوف والمعد للاستغلال واذا استأجرها ليحمل عليها اردبين من الحنطة فحمل عليها مكيلا آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لم يضمن لتساوى الوزن وتماثل الجنس واذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره مساويا له فى الضرر بالأرض لم يضمن وهذا كله استحسان وهو قول أصحابنا الثلاثة والقياس ضمانه وهو قول زفر لأنه بالخلاف خرج عن الاذن فتحقق الغصب ووجه قول

---

(١) جـ ٤ ص ٥٤ .

الأئمة أن الخلاف الى المثل أو الى ما هو أدنى ضررا ليس خلافا معنى لأن الرضا بالشيء رضا بما هو مثله أو دونه ولو استأجر الدابة ليحمل عليها عشرة أرادب حنطة فحمل عليها اثنى عشر وسلمت فعليه ما سمى من الأجر ولا ضمان عليه وان عطبت ضمن جزأين من اثنى عشر جزءا من قيمة الدابة وهو قول عامة العلماء وقال زفر وابن أبى ليلى يضمن القيمة كلها لأن التلف حصل بالزيادة وهو فيها مخالف ووجه قول الأئمة أن التلف نتيجة الثقل وبعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون فيه فوجب قسمة القيمة على هذه النسبة ولو استأجر دابة ليحمل عليها مائة رطل من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا أو أقل من ذلك فعطبت الدابة يضمن قيمتها لأن ما يصيب الدابة ها هنا من الضرر ليس بسبب الثقل بل بسبب الانبساط والاجتماع فالقطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد لا ينبسط فكان الضرر به أشد فوجب الضمان ولواستأجرها ليركبها فحمل عليها أو ستأجرها ليحمل عليها فركبها حتى عطبت ضمن لأن الجنس قد اختلف وقد يكون الضرر فى أحدهما أكثر ولو استأجرها ليركبها فأركبها من هو مثله فى الثقل أو أخف منه ضمن لأن الخلاف هاهنا ليس من وجهة الخفة والثقل بل من حيث الحذق والعلم فان خفيف البدن اذا لم يحسن الركوب يضر بالدابة والثقيل الذى يحسن الركوب لا يضر بها فاذا عطبت علم أن التلف حصل من عدم حذقه بالركوب فضمن ولا أجر عليه لما قلنا .. ولواستأجرها ليركبها بنفسه فأركب معه غيره فعطبت فهو ضامن لنصف قيمتها ولا يعتبر الثقل ها هنا لأن تلف الدابة ليس من ثقل الراكب بل من قلة معرفته بالركوب فصار تلفها بركوبها بمنزلة تلفها بجراحتها وركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر غيرمأذون فيه فيضمن نصف قيمتها . وعليه الأجر لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة على ذلك وهو اركاب غيره غير أن الزيادة استوفيت من غيرعقد فلا يجب بها أجر وهذا اذا كانت الدابة تطيق اثنين فان كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها لأنه أتلفها باركاب غيره وأما الخلاف فى المكان فنحو أن يستأجر دابة للركوب أو للحمل الى مكان معلوم فيجاوزه وحكمه أنه بمجاوزته دخلت الدابة فى ضمانه حتى لو عطبت قبل العود الى المكان المأذون فيه ضمن كل القيمة ولو عاد الى المكان المأذون فيه وهى سليمة هل يبرأ عن الضمان ويعود الى الوفاق ؟ كان أبو حنيفة أولا يقول يبرأ ويعود الى الوفاق كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وهو قول زفر ثم رجع أبو حنيفة عن ذلك وقال لا يبرأ حتى يسلمها الى صاحبها سليمة كالعارية بخلاف الوديعة . واذا استأجرها ليركبها الى مكان عينه فركبها الى مكان آخر ضمن اذا هلكت وان كان الثانى أقرب من الأول لأنه صار مخالفا لاختلاف الطرق فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجر عليه لما قلنا ولو ركبها الى ذلك المكان الذى عينه من طريق آخر فان كان الناس يسلكونه لا يضمن لأنه لا يصير بذلك مخالفا لاعتياد الناس سلوكه وان كانوا لا يسلكونه ضمن اذا هلكت لصيرورته غاصبا بسلوكه واذا لم تهلك وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الأجر .

وأما الخلاف فى الزمان فكأن يستأجر دابة ليركبها أو يحمل عليه مدة معلومة فزاد عليه فعطبت فى يده فانه يضمن لأنه يصير غاصبا بالزيادة عن المدة . ذلك فى استئجار الأعيان أما استئجار العمال فالخلاف ان كان فى الجنس بأن دفع ثوبا الى صباغ ليصبغه لونا فصبغه لونا آخر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلم الثوب للأجير وان شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد . أما خيار التضمين فلفوات غرضه لأن الأغراض تختلف باختلاف الألوان فله أن يضمنه قيمة ثوب أبيض لأنه فوت عليه منفعة مقصودة فصار متلفاللثوب عليه فكان له أن يضمنه وله أن يأخذ الثوب ان شاء لأن الضمان وجب حقا له فكان له أن يسقطه ولا أجر له لأنه لم يأت بما وقع عليه العقد رأسا حيث لم يوف بالعمل المعقود عليه فلا يستحق الأجر كالغاصب اذا صبغ الثوب المغصوب أخذه المغصوب منه وأعطى ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد لأنه عين مال قائم بالثوب فلا سبيل الى أخذه بالمجان وان كان الصبغ مما لا يزيد فيه لم يعطه شيئا بل يضمنه نقصان الثوب ان ترتب على ذلك نقص فى قول أبى حنيفة ، ولو دفع الىخياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذلك لأن القباء والقميص مختلفان فى الانتفاع فصار مفوتا لمنفعة مقصودة وذلك يعد اتلافا للثوب فكان له التضمين بسبب ذلك وله أن يأخذه ويعطيه أجر مثله .

وان كان الخلاف فى الصفة بأن دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ مسمى فصبغه بصبغ آخر من نفس لون المسمى فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمته أبيض ويترك له الثوب وأن يأخذ الثوب ويعطيه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى . أما ثبوت الخيار فلما ذكرنا من الخلاف فى الجنس وانما وجب الأجر ها هنا لأنه خلاف فى الصفة وذلك لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه فقد أتى بأصل المعقود عليه الا أنه لم يأت بوصفه فمن حيث أنه لم يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمى ومن حيث أنه أتى بالأصل وجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى لأن هذا شأن أجر المثل . وهكذا عند ثبوت الخلاف فى الصفة دون الأصل .

وان كان الخلاف فى القدر وذلك نحو ما ذكرهمحمدفى الأصل . فى رجل دفعغزلاالى حائك لينسجه له سبع أذرع فى أربع فخالف بالزيادة أو بالنقصان فان خالف بالزيادة فان صاحب الغزل بالخيار ان شاء ضمن النساج مثل غزله وترك له الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه الأجر المسمى .

وان كان الخلاف بالنقصان ففيه روايتان ذكر فى الأصل أن له أن يأخذه ويعطيه من الأجر بحسابه لأن العقد وقع على عمل مقدر ولم يأت الا ببعضه وذكر فى رواية أخرى أن عليه أجر المثل لأنه لما نقص فى القدر فقد فوت الغرض المطلوب من الثوب فصار كأنه عمل باجارة فاسدة [١] .

---

(١) راجع البدائع جـ٤ ص٢١٣ الى ٢١٧ .

مذهب المالكية :

ويرى المالكية أنه يجوز للمستأجر فعل المستأجر عليه ومثله ودونه قدرا وضررا لا أكثر ولو كان أقل ضررا كما لا يجوز له أن يفعل ما كان دونه قدرا ولكنه أكثر ضررا فان خالف ضمن وهذا فى الحمل والركوب — أما فى المسافة فلا يفعل المساوى مسافة لاختلاف الطرق وكذا لا يفعل ما هو أقل مسافة لاختلاف الطرق كما لا يجوز أن يركبها لبلد آخر وان كانت مسافتها مساوية فى البعد والسهولة والصعوبة لما فى ذلك من فسخ ما فى الذمة وهو الأجرة المستحقة بالعقد فى مؤخر وهو السير الى بلد آخر ولأن أحوال الطرق تختلف بالنظر الى ما قد يلابسها من خوف الأعداء والغصاب وقد يكون الاعتداء موجها الى رب الدابة فان فعل شيئا من ذلك عد غاصبا فيضمن بالتلف ولو لأمر سماوى ، والفرق بين المخالفة فى الحمل والمسافة اذ عد فعل المساوى فى المسافة تعديا دون الحمل هو أن المسافة تختلف فيها الاغراض ورب مسافة تظن فيها السلامة وهى فى الواقع ليست كذلك — على أن فعل ما هو أقل مسافة لا يعد مخالفة ولا تعديا عند بعض المالكية [1] .

وخلاصة القول فى أحكام التعدى والمخالفة ما ذكره الباجى فى شرحه على الموطأ فى كراء الدابة يتعدى فيه المكترى عقد الكراء أن لرب الدابة أن يأخذ كراء دابته الى الموضع الذى تعدى اليه مع الكراء المسمى المتفق عليه فيكون له الكراء المسمى مع كراء الزيادة فى المسافة بالغا ما بلغ ويسترد دابته ان أحب وان أحب كانت له قيمة دابته من المكان الذى تعدى منه المكترى مع الكراء الأول ذلك لأنه لما تعدى بالدابة وتجاوز المكان الذى اكترى اليه الى مكان بعيد عنه لا يتساهل فيه عرفا ثبت له حكم التعدى ولحقه الضمان وذلك على قسمين : أحدهما أن يرد الدابة على حالها — ثانيهما — ان يردها وقد تغيرت . فان ردها على حالها وقد أمسكها فى تعديه امساكا يسيرا — اليوم ونحوه أو البريد والبريدين فلا ضمان عليه وانما لمالكها كراؤها فى أيام التعدى مع الكراء الأول قاله مالك وأكثر أصحابه لأن الدابة اذ لم يؤثر فيها التعدى لا فى عين ولا فى قيمة ولا فى فوات أسواق لم يلزمه ضمانها وعليه قيمة كرائها فى الأيام الزائدة رواه ابن القاسم عن مالك فى المدونة وان حبسها الأيام الكثيرة شهرا ونحوه كما فى الواضحة . وقال اصبغ كحول — فصاحبها مخير بين الكراء المسمى مع كراء ما تعدى بحبسها فيه من الزمن وبين الكراء المسمى مع قيمة دابته قاله ابن حبيب فى الواضحة وقاله ابن القاسم فى المدونة ذلك لأنه قد غصبه منافع الدابة ومن منافعها بيعها فى أسواقها وقد فات ذلك عليه فيها فكان عليه قيمتها لأن ذلك بمنزلة بيعها .

وان رد الدابة وقد تغيرت فان كان التغير شديدا ولم يمسكها الا أياما يسيرة فلا شىء لرب الدابة غير كرائها فى تلك الأيام وهو مخير بين أخذ كرائها المسمى وبين أخذ قيمتها — ذلك حكم التعدى فى المسافة أما التعدى فى زيادة الثقل والحمل فعلى وجهين

(١) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص٣٧ ، ٤١ .

أحدهما الزيادة فيه من جنسه وثانيهما حمل غيرالجنس ففى الحال الأولى اذا كانت الزيادة يسيرة لا تعطب بمثلها الدابة عادة فلا ضمان عند عطبها اذ لا يعد مثل هذا مخالفة وان كانت عظيمة بمثلها يحصل العطب فلصاحب الدابة الكراء المسمى وكراء الزيادة بالغا ما بلغ أو قيمة الدابة يوم التعدى فقط دون الكراء فهو مخير فى ذلك وان كان لا يعطب بمثلها فليس له الا الكراء المسمى وكراء الزيادة وقال سحنون اذا زاد فى الحمل ولو رطلا واحدا ضمن وفى الحال الثانية فان كانت مضرة المخالفة كمضرة ماتكارى عليه فلا ضمان اذ الرضى بما تكارى عليه يعد رضا بمثله وبما دونه وان كانت أشد ضررا فعطبت الدابة ضمن — وفى الركوب يعد مخالفا متعديا اذا أركب من هو أثقل منه أو غير مأمون وبذلك يصير ضامنا وعلى هذا الأساس يمكن التطبيق فى غير ذلك من صور المخالفة مع ملاحظة أن ذلك هو الحكم فى كل اجارة غير صحيحة وأن الأجر الواجب فيها هو أجر المثل بالغا ما بلغ [1] .

مذهب الشافعية :

يعتبر فى الاستيفاء العرف فتستوفى المنفعة التى بينت فى العقد مع مراعاة العرف فى صفتها وفيما تقيد به فاذا استأجر ثوبا للبسه لم يلبسه وقت نومه اذ العرف يقضى بهذا وللمكترى استيفاء المنفعة لنفسه وبغيره الأمين لأنه قد ملكها بالعقد فلو شرط عليه المكرى استيفاءها بنفسه فسد العقد كما لو شرط على المشترى ألا يبيع ما اشتراه

وعلى ذلك له الركوب والسكنى ويركب ويسكن مثله فى الضرر الذى يلحق العين ومن كان دونه فى ذلك من طريق أولى لأن ذلك يعد استيفاء للمنفعة من غير زيادة وليس له أن يسكن فى الدار حدادا ولا قصارا اذا لم يكن قد استأجرها لذلك لنفسه دون شرط منه بذلك وعليه لا يجوز ابدال ركوب بحمل ولا حديد بقطن ولا قصار بحداد وكذلك العكس وان قال أهل الخبرة بعدم تفاوت الضرر لأن جواز ذلك عند اتحاد الجنس لا عند اختلافه ولذا يضمن المستأجر لو اكترى لحمل مائة رطل حنطة فحمل مائة من الشعير أو عكس لاختلافهما حجما لسبب اختلافهما كثافة فيختلف محلهما فكان الضرر مختلفا وكذلك حكم كل مختلف الضرر كحديد وقطن ويضمن لو اكترى لحمل مقدار من الشعير كيلا فحمل مثله حنطة لأنها أثقل دون العكس أو اكترى لحمل مائة فحمل مائة وعشرين وحينئذ يلزمه المسمى مع أجر مثل الزائد [2] .

ويجوز الابدال فيما تستوفى به المنفعة كثوب يخاط بدل ثوب آخر مثله فى الأصح وان امتنع الأجير لأن ذلك وسيلة الى الاستيفاء وليس معقودا عليه حتى يكون له حق الامتناع فأشبه الراكب فى الدابة والمتاع فى الحمل والقول الثانى . المنع ومحل الخلاف فى الابدال بلا اتفاق على معاوضة أما بطريق المعاوضة فجائز قطعا كما يجوز لمستأجر دابة أن يعاوض عنها بسكنى دار — وابدال المستوفى فيه كطريق بمثلها مسافة وسهولة وصعوبة وأمنا جائز بشرط ألا

(١) المنتقى للباجى جـ٥ ص٢٦٤ وما بعدها .

(٢) نهاية المحتاج جـ٥ ص٣١٠ .

يختلف محل التسليم اذ لابد من بيان موضعه لصحة الاجارة ولو استأجر دابة ليركبها الى محلة ليس عليه ردها حيث تسلمها بل يسلمها فى المحلة اليه أو الى وكيله أو الحاكم أو الأمين فان لم يجد ردها للضرورة وحاصل ما مر أنه يجوز ابدال المستوفى كالراكب والمستوفى به كالمحمول والمستوفيه كالطريق بمثلها أو دونها ما لم يشترط عدم الابدال فى المحمول والطريق بخلاف الأول لأنه من المكرى يفسد العقد لا من المكترى [1] .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى . أن من استأجر عقارا للسكنى فله أن يسكنه وأن يسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه فى الضرر أو دونه وأن يضع فيه ما جرت عادة الساكن بوضعه فيه مما لا يضر به ولا يسكن ما يضر به كحداد وقصار ولا يجعله حظيرة للدواب ولا أن يرفع على سقفه شيئا ثقيلا وهكذا يجتنب كل ما يعده العرف مخالفة والى هذا ذهب الشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا واذا اكترى دارا جاز فيها اطلاق العقد دون حاجة الى ذكر السكنى وصفتها وهذا قول الشافعى وأصحاب الرأى وقال أبو ثور لا يجوز حتى يبين من يسكنها ولنا أن الدار لا تكترى الا للسكنى فاستغنى عن ذكرها بما هو معروف والتفاوت فى السكنى يسير فلم يحتج الى ضبطه . واذا اكترى ظهرا ليركبه فله ان يركبه مثله ومن هو أخف منه دون من هو أثقل منه لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فلا يزاد عليها لا يملك أكثر مما عقد عليه ولا يشترط التساوى فى الطول والقصر ولا الحذق فى الركوب وقال القاضى يشترط التساوى فى هذه الأوصاف كلها لأن قلة المعرفة بالركوب تضر بالدابة ولنا أن التفاوت فى هذه الأمور بعد التساوى فى الثقل يعد يسيرا معفوا عنه ولهذا لا يشترط ذكره فى الاجارة فان شرط ألا يستوفى المنفعة بمثله ولا بمن هو دونه فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط ويحتمل أن يصح الشرط والعقد لأن المستأجر انما يملك المنفعة من جهة المؤجر فلم يملك ما لم يرض به وقد يكون له غرض فى هذا التخصيص وقالوا فى الوجه الآخر أن الشرط يبطل لمنافاته لموجب العقد اذ موجبه ملك المنفعة وذلك يقتضى استيفاءها بنفسه وبغيره وهل يبطل العقد بهذا الشرط فيه وجهان أصحهما أن لا يبطله لأنه لا يؤثر فى حق المؤجر نفعا ولا ضررا فألغى لذلك وبقى العقد على مقتضاه والآخر يبطل به لأنه ينافى مقتضاه فأشبه ما لو شرط على المستأجر أن لا ينتفع وكل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفى مثل تلك المنفعة أو ما دونها فى الضرر قال أحمد اذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرا فحمل عليها حنطة أرجو ألا يكون فيه بأس اذا كان الوزن واحدا فان كانت المنفعة التى يستوفيها أكثر ضررا أو مخالفة للمعقود عليها فى الضرر لم يجز لأنه يستوفى حينئذأكثر من حقه أو غير مايستحقه فاذا اكترى دابة ليحمل عليها قطنا لم يحمل عليها حديدا وكذلك العكس . وان اكتراها للركوب لم يجز له الحمل وان اكتراها للحمل لم يجز له الركوب لأن الراكب يقعد

[1] نهاية المحتاج جـ٥ ص٣٠٢ ، ٣٠٥ .

فى موضع واحد فيشتد على الظهر والمتاع يتفرق على جنبيه وان اكترى دابة ليركبها فى مسافة معلومة أو يحمل عليها فى مسافة معينة فأراد العدول بها الى ناحية أخرى مثلها فى القدر هى أضر منها أو تخالفها ضررا بأن تكون احداهما آمن والأخرى أخوف لم يجز وان كانت مثلها فى السهولة والصعوبة والأمن فاذا كانت التى يعدل اليها أقل ضررا فقد ذكر القاضى أنه يجوز فأشبه المحمول اذا تغير نوعه والراكب ويقوى عندى أنه متى كان للمكترى غرض فى تلك الجهة المعينة لم يجز العدول الى غيرها مثل أن يكرى جمله الى مكة ليحج معه فلا يجوز للمكترى أن يذهب به الى غيرها ثم ذكر فروعا أخرى عديدة طبق الحكم فيها على الأصل السابق [1] .

مذهب الزيدية :

يرى الزيدية أنه يجوز للمستأجر فعل المساوى ضررا والأقل ضررا وان عين غيره. فمن استأجرعينا لمنفعة معينة فله أن يستعملها فى غير تلك المنفعة اذا كانت المضرة التى يؤدى اليها ذلك الاستعمال مثل مضرة ما عين من المنفعة أو دونها فان شرط فيها ألا يستوفى الا تلك المنفعة دون ما يساويها وما هو دونها فسدت الاجارة اذا كان ذلك الشرط من المؤجر حال العقد ولا تفسد اذا كان من المستأجر أو كان بعد العقد مطلقا والمذهب أن العقد يصح ويلغوالشرط ويجوز للمستأجر أن يستعمل الدار مراعيا العرف فى ذلك دون ما يقضى العرف بتجنبه [2] .

وجاء فى التاج المذهب أيضا [3] ما خلاصته .

واذا حمل المستأجر على الدابة المستأجرة غير الحمل الذى ذكره فى العقد أو سلك بها طريقا آخر غير المعين فى العقد فانه لا يضمن بالمخالفة اذا كانت الدابة متعينة أما اذا عين المحمول فلا يحمل على الدابة غيره ولو دونه وذلك لأنه لم يملك بالعقد الا منفعة معينة هى منفعة حمل هذا المحمول وانما لم يضمن للمخالفة بحمل مثل الحمل الذى بين فى العقد وزنا أو يسير مثل المسافة التى بين فى العقد قدرها اذا تحققت المماثلة فى الصفة كالخشونة والصلابة والصعوبة والسهولة والخوف والأمن لعدم اعتبار ذلك مخالفة عرفا أما اذا زاد فى القدر أو الصفة بما يؤثر فى الدابة عادة فتلفت فى يده بعد الحمل ضمن قيمتها كلها ولزمه الأجرة المتفق عليها أيضا سواء تلفت بالزيادة أم بغيرها اذ قد صار بالمخالفة متعديا فلا يعد بعد ذلك أمينا ولو زاد التعدى ويلزم المستأجر مع المخالفة المؤثرة أجرة ما زاد مراعى فى ذلك أجرة المثل فى تلك الزيادة — ويلاحظ أن محل ذلك اذا كان الذى فعل ذلك هو المستأجر أما اذا فعله المالك أو فعل بأمره فلا ضمان على المستأجر ولو كان المالك جاهلا بالزيادة ، واذا حملها المالك ولكنه لم يسق الدابة وانما ساقها المستأجر أو ساقاها معا فالضمان على المستأجر ولو شارك المالك المستأجر فى التحميل كان الضمان عليهما مناصفة وكذلك أجر الزيادة .

---

(١) المغنى جـ٦ ص٥١ وما بعدها .

(٢) التاج المذهب جـ٣ ص٧٣ .

(٣) جـ٣ ص٩٣ وما بعدها .

مذهب الامامية :

أجازوا لمن استأجر عينا أن يؤجرها غيره ممن يساويه أو هو دونه فى استيفاء المنفعة ما لم يشترط عليه المالك عدم ذلك قبل تسليم العين وسواء فى ذلك أن يكون للمؤجر أو غيره ولو شرط المؤجر عليه استيفاء المنفعة بنفسه لم يجز له أن يستوفيها بغيره وضمن اذا ما فعل واذا استأجر دارا جاز اطلاق العقد ولا يجب ذكر السكنى ولا صفتها عملا بالعرف وجاز أن يسكنها بنفسه وعياله وان لم يذكر ذلك فى العقد وأن يسكنها غيره ممن يقوم مقامه فى الضرر أو دونه على الوضع الذى تجرى به العادة ولا يسكنها من هو أضر منه كالحداد ولو اكترى ظهرا ليركبه جاز له أن يركبه غيره ممن هو أخف منه ولا يركبه الأثقل ولا يشترط التساوى فى الطول والقصر والمعرفة بالركوب وليس للمالك منعه من ذلك ولو شرط فى العقد اختصاص المستأجر باستيفاء المنفعة لزم الشرط [١] — وذكروا أيضا أنه اذا استأجر دابة لمنفعة كان له أن يستوفى تلك المنفعة أو مايساويها أو ما هو دونها فلو استأجرهالحمل شىء معلوم جاز له أنيحملها مايساويه فى المقدار والضرر ولو استأجر دابة لحمل حديد لم يجز له أن يحمل قطنا وكذلك العكس ولو استأجرها للركوب أو للحمل فى مسافة معينة لم يجز أن يسلك بها اليها فى غيرها سواء كان أكثر ضررا اما لخوف وصعوبة أو أقل ولو فعل ضمن وهل يجب الأجر المسمى مع الزيادة ان كانت أو يجب أجر المثل ؟ فيه نظر . ولو استأجرها للركوب أو للحمل الى غاية فتجاوزها كان عليه المسمى وأجر المثل على الزائد ويضمن من حين التعدى ولا خيار للمالك مع بقائها بين مطالبته بالأجرة وبالقيمة يوم التعدى وان بعدت مسافة التجاوز ولافرق فى الضمان بين أن يكون التلف فى الزيادة أو بعد ردها الى المسافة المتفق عليها وهذا اذا كان صاحبها غائبا فان كان حاضرا ولم يعترض حتى تعدى فيها لم تكن مضمونة لبقاء يد صاحبها عليها ولو استأجرها لحمل شىء فزاد عليه وجب المسمى وأجر المثل للزائد ويلزمه الضمان [٢] .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل : انه اذا اكترى دابة لعمل مخصوص فلا يعمل غيره وكذا ان عين مقدار ما يحمل عليها كهذا الطعام [٣] وجاء فيه أيضا ومن أكرى دابة ليركبها أحد فلا يجوز الا اذا سماه وقيل يجوز ويركب عليها المكترى من أراد صغيرا أو كبيرا ذكرا أو أنثى وان كراها ليركبها هو فلا يجوز له أن يركب عليها غيره وقيل يركب عليها من كان مثله أو أقل منه وان كراها لركوب رجل مقصود اليه فسمن فزاد فى الثقل أو مرض فخف وزنه فله الكراء وليس له أن يقاتل عليها ولا أن يصيد بها ولا أن يقف عليها ولا أن يضطجع [٤] .

---

(١) تحرير الاحكام جـ٢ ص٢٤٥ ، ص٢٤٧ .

(٢) تحرير الاحكام جـ٢ ص٢٥٠ .

(٣) النيل جـ٥ ص٨٥ .

(٤) النيل جـ٥ ص٩٠ .

وجاء فى الايضاح [١] .

واذا اكترى رجل دابة ليحمل عليها متاعا معروفا الى بلد معين فأراد صاحب المتاع أن يحمل عليها غيره بقدره فله أن يحمل عليها مثل متاعه بالمكيل ان كان مما يكال أو بالوزن ان كان مما يوزن وما أشبه ذلك ولو اختلف العوض والمعوض كالقطن والرصاص لم يجز حتى يكون البدل مما يماثله أو أسهل منه أو أخف منه ضررا وكذلك الحال فى الركوب .

رد العين المستأجرة الى مالكها

مذهب الحنفية :

اذا انتهت مدة الاجارة وجب على المستأجر أن يسلم العين المستأجرة الى مؤجرها عند طلبه فاذا منعها عنه بعد طلبها وبعد انتهاء مدة الاجارة كان بمنعه هذا متعديا وعد غاصبا فاذا هلكت ضمن قيمتها سواء أكان هلاكها بتعد منه أم لم يكن له يد فيه . أما اذا لم يطلبها مالكها من المستأجر فلا ضمان عليه ببقائها تحت يده وهلاكها عنده فى هذه الحال الا اذا كان هلاكها لتعد أو لتقصير منه ذلك لأن رد العين المستأجرة وما يتطلبه من نفقات لا يجب على المستأجر ولكنه يجب على المالك فعليه أن يحضر بعد انتهاء مدة الاجارة ليتسلمها من المستأجر وذلك أمر يقتضيه ملكه .

واذا كانت العين المستأجرة أرضا مشغولة بالزرع ولم يحن أوان استحصاده أو بشجر مثمر لم ينضج ثمره. وانتهت مدة الاجارة كان للمستأجر استبقاؤها الى ان يستحصد الزرع وينضج الثمر وكان عليه أجر المثل فى مدة استبقائها دفعا للضرر عن الطرفين أما اذا كانت مشغولة ببناء أو بشجر غير مثمر فانه يجب على المستأجر هدم البناء وقلع الشجر ان لم يضر ذلك بالأرض فان أضر بها كان لمالكها أن يتملكه جبرا عن المستأجر بقيمته مستحق القلع .

واذا استأجر دابة من موضع مسمى فى المصر ليركبها الى مكان معلوم ذاهبا وآيبا كان على المستأجر أن يأتى بها الى ذلك الموضع الذى تسلمها فيه لأن انتهاء الاجارة يكون بوصوله الى هذا الموضع فعليه أن يأتى بها اليه ليتسلمها فيه المؤجر فان أتى بها الى غير ذلك المكان وأمسكها فيه كان ضامنا اذ ليس على المؤجر أن يذهب الى غير مكان العقد لتسلمها وانما عليه أن يتسلمها فى مكان العقد ولو قال المؤجر للمستأجر اذا انتهت الاجارة فرد العين الى منزلى وعلى نفقات ردها لم يجب ذلك على المستأجر واذا قام به كان متفضلا [٢] .

مذهب المالكية :

فى التبصرة [٣] ما نصه : ويضمن مستأجر الدابة ان حبسها عن صاحبها بعد مدة الاجارة مثل أن يحبسها الشهر ونحوه لا ان حبسها شيئا يسيرا وربها مخير حين حبسها الشهر ونحوه بين أخذ كرائها مدة حبسها أو أخذ قيمتها يوم التعدى بحبسها اذا هلكت واذا ضاعت أو ضلت فأدى المستأجر جعلا لمن جاء بها فالجعل على صاحبها — وهذا

(١) جـ٣ ص٣٥٤ .

(٢) تحفة الفقهاء جـ٢ ص٥٢١ .

(٣) جـ٢ ص٣ .

بظاهره يدل على أن مذهب المالكية يتفق مع مذهب الحنفية فى حكم رد العين المستأجرة الى مالكها بعد المدة فى أنه على المالك بدليل وجوب الجعل عليه وبدليل تعبيرهم بحبسها اذ لا يتحقق الحبس الا مع طلب المالك .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج : لو اكترى دابة ليركبها الى محل معين فليس عليه ردها بل يسلمها الى وكيل المالك هناك والا فعلى الحاكم ثم الى الابن فان لم يجده ردها للضرورة وليس لمستأجر العين أن يسافر بها بعد انتهاء الاجارة وسفره بها بعد انتهائها يوجب ضمانه ان لم تدع اليه الضرورة كما فى سفر الوديع بالوديعة وهى أمانة فى يده بعد انتهاء الاجارة كما كانت أثناءها على الأصح استصحابا لحكمها ولأنه لا يلزمه بعد انتهاء الاجارة الا التخلية بينها وبين مالكها ولا يلزمه الرد ولا مؤنته ومقابل الأصح أنه يضمن لأن الاذن له بالامساك كان مقيدا بالعقد وقد زال وكان قبضها لمصلحة نفسه فأشبه المستعير وعلى القول الأول لا يجب على المكترى اعلام المكرى بتفريغ العين كما هو مقتضى كلامهم بل الشرط ألا يستعملها ولا يحبسها وان لم يطلبها صاحبها فلو أغلق الدار أو الحانوت بعد تفريغه لزمته أجرة المثل فيما يظهر فقد صرح البغوى فيمن استأجر حانوتا شهرا فأغلق بابه وغاب شهرين لزمه المسمى للشهر الأول وأجرة المثل للشهر الثانى وذلك لأن امساكها مع الاغلاق يعد استعمالا لها حيث حال بين الحانوت ومالكه باغلاقه وقد قال الشيخ القفال فيمن استأجر دابة يوما فبقيت عنده ولم ينتفع بها ولا حبسها عن مالكها لا يلزمه أجرة المثل لليوم الثانى لأن الرد ليس واجبا عليه وانما عليه التخلية اذا طلبها مالكها بخلاف الحانوت لأن احتباس مفتاحه مع غلقه حبس له فوجب عليه الأجر [1] .

وفى هذا دليل على أن حكم رد العين الى مالكها عند الشافعية كحكمه عند الحنفية والمالكية .

مذهب الحنابلة :

أنه اذا انقضت مدة الاجارة أو استوفى العمل من العين المستأجرة وجب رفع المستأجر يده عنها ولم يلزمه ردها ولا مؤنته كالوديع على المذهب . لأن عقد الاجارة لا يقتضى الضمان ولا يقتضى الرد ولا مؤنته وهو كمرتهن أدى دينه فلا يلزمه رد الرهن الى ربه ولا مؤنته وتكون العين بعد انقضاء مدة الاجارة أمانة فى يد المستأجر كما كانت كذلك قبل انتهائها فان تلفت قبل ردها فلا ضمان الا اذا كان التلف بتعد أو تفريط [2] .

مذهب الزيدية :

يجب رد العين المستأجرة بعد انقضاء مدة الاجارة على من استأجرها الى موضع قبضها لا الى موضع العقد الا اذا شرط ذلك فيه وهذا اذا كانت منقولة فان كانت عقارا فالواجب التخلية فورا ليتمكن المالك من ملكه ومثل الأجير المستعير فى وجوب الرد ما لم يشترط عدمه لا الوديع فلا يجب عليه الرد واذا لم يرد المستأجر العين المستأجرة

(١) نهاية المحتاج جـ٥ص٣٠٥ ، ص٣٠٦ .

(٢) غاية المنتهى جـ٣ ص٦٦٦ .

ان كانت منقــولة أو يخليها ان كانت دارا بعد انتهاء الاجارة ضمنها ولزمه أجر مثلهــا من يوم انقضاء المدة وان لم ينتفع لأنه صار غاصبا الا أن يترك الرد لعذر فانه لا يضمن العين ولا أجرتها ومؤنة الرد على المستأجر وعليه تفريغ الأرض من جذور زرعه ليردها فارغة [١] .

مذهب الامامية :

جاء فى تحرير الأحكام [٢] العين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر لا يضمنها الا بتعديه أو بتقصيره واذا انقضت مدة الاجارة وجب عليه رفع يده وليس عليه الرد الا مع المطالبة ولا يضمنها بعد المدة بدون تفريط ولو طلبها صاحبها بعد المدة وجب عليه ردها مع المكنة فان امتنع ضمنها وعليــه أجرة المثــل مدة الامســاك وان لم يســتعملها — ولو شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين لم يصــح الشرط .

مذهب الاباضية :

على المستأجر أن يسعى فى ايصال العين الى ربها ان لم يكن لها حمل ولا مؤونة والا لم يجب عليه ذلك وانما يجب عليه الحفظ حتى يحضر ربهــا لأخذها فان ضــاع بلا تضييع لم يلزمه ضمانه قال شارح النيــل وعندى أنه لا يضمن ان تلف بلا تضييع ولو لم يكن له مؤونة اذ لا يلزمه ايصاله الا ان كان ربه لا يعلم انه قد تم عمل المستأجر [٣] .

(١) التاج المذهب جـ٣ ص٧٦ .
(٢) جـ٢ ص٢٥٢ .
(٣) شرح النيل جـ٥ ص١٨٣ .

التصرف فى العين المستأجرة

التصرف فى العين المســتأجرة قد يكون تصرفا فيها بالبيع والهبة والوصية والوقف والرهن وقد يكون تصرفا فى منفعتها وذلك بالاجارة والاعارة والوصية .

والتصرف فيها بالبيع والهبة والوصــية والوقف والرهن انما يعتمد الملك ولذا لا يملكه الا مالكها وذلك ما ليس محلا للخلاف بين المذاهب وعليه اذا صدر من مستأجرها أى تصرف من هذه التصرفات فانه يكون صادرا من غير ذى ولاية وكان المستأجر فيه فضوليا يطبق عليه أحكام الفضولى راجع مصطلح « فضولى » .

أما اذا صدر من مالك العين فباع العين المستأجرة مالكها فان هذا البيع يمس ماتعلق به من حق لازم هو حق المستأجر وعلى ذلك لا يســتطيع تســليمها الى مشــتريها دون مساس بحق المستأجر ولذا يقع العقد صحيحا موقوفا على اجازة المستأجر أوسقوط حقه بانتهاء الاجارة فان أجازه نفذ وكذلك اذا انتهت الاجارة بسبب من أسباب انتهائها فان لم يوجد شىء من ذلك لم يكن للمســتأجر ولا للبائع حق فسخه وانما يجوز للمشترى فى هذه الحال أن يفسخه عند أبى حنيفة ومحمد سواء أقــدم على الشراء وهو عالم بالاجارة أم أقدم عليه وهوغير عالم بهاوذهب أبو يوسف الى أنه ان أقدم على الشراء عالما بالاجارة لم يكن له حق الفســخ ولزمه أن ينتظر حتى تنتهى مــدة الاجارة وان أقــدم عليه غير عالم كان له الخيار فى الفسخ وفى الانتظار الى انتهاء مدة الاجارة [٤] .

(٤) الفتاوى الهندية جـ٣ ص١١٠ وفتح القدير جـ٥ ص ١٨٥ . والبدائع جـ٤ ص٢٠٨ .

وان كان البيع للمستأجر انفسخت الاجارة بتمامه لتملكه ما يستأجر وكذلك الحكم فى الهبة فاذا وهب المالك ما أجره وكانت هبته للمستأجر انفسخت الاجارة بقبوله الهبة لتمامها لأن العين فى يده وان كانت لآخر لم يكن من الميسور تسليمها اليه لتعلق حق المستأجر بها وهو حق لازم فيتوقف تمامها ونفاذها على تسليمها الى الموهوب له بعد انتهاء الاجارة ولأنها عقد غير لازم فلكل من الواهب والموهوب له فسخها .

أما التصرف فيها بالوصية فهو تصرف صحيح لا يمس حق المستأجر اذ ليس للوصية أثر الا بقبول الموصى له بعد وفاة الموصى وفى هذا الوقت تكون الاجارة قد انتهت بوفاة المؤجر الموصى . واقدام المالك على وقف العين المستأجرة لا يحول دون صحة وقفها ولزومه عند أبى يوسف لأنه لا يتوقف عنده على التسليم وانما يتوقف استحقاق المستحق على اجازة المستأجر أو انتهاء الاجارة خلافا لمحمد اذ يتوقف لزوم الوقف عنده على تسليم العين الموقوفة الى المولى وذلك ما يمنع منه حق المستأجر فلا بد من الانتظار حتى تنتهى الاجارة أو يجيز المستأجر ثم تسلم العين ليلزم الوقف — وكذلك الحكم فى رهن المالك ما أجره للغير لتوقف لزوم الرهن على تسليم العين المرهونة الى المرتهن وذلك ما يمنع منه حق المستأجر فلابد من اجازته أو انتهاء الاجارة ثم تسليم العين المرهونة الى المرتهن واذا افتكها الراهن وجب عليه التسليم الى المشترى ويلاحظ أن الهبة أو الرهن اذا كانا للمستأجر فان الاجارة تنفسخ بقبوله الهبة أما الرهن له فلا يمس حقه وليس ما يمنع أن تكون لديه مرهونة مستأجرة [1] — أما تصرف مالك العين المستأجرة فى منفعتها فان كان بالوصية فانه لا يمس حق المستأجر لأنه لا أثر له الا بعد انتهاء الاجارة بوفاة المؤجر الموصى ولذلك ينفذ بقبول الموصى له الوصية وان كان بالاجارة أو بالاعارة فان نفاذه يتوقف على اجازة المستأجر لمساسه بحقه فاذا أجاز انتهت الاجارة والا بقيت الاجارة الى انتهاء مدتها دون أن يكون لتصرف المالك بذلك أثر فى استمرارها وأما اذا كان التصرف فى منفعة العين المستأجرة صادرا من المستأجر فان الحكم فيه يختلف باختلاف حال المنفعة التى هى محل عقد الاجارة ذلك لأن من المنافع ما يختلف باختلاف المنتفع بها كركوب الدابة ولبس الثياب ومنها ما لا يختلف باختلاف المنتفع كالقراءة فى الكتب وركوب القطار وعند تملك هذين النوعين بعقد الاجارة قد ينص فيه على المنتفع فيهما وقد ينص على التعميم وعدم التقيد بمنتفع مخصوص وقد لا يتعرض للنص فيه لشىء من ذلك .

ويرى الحنفية أنه اذا نص فى عقد الاجارة على المنتفع وكانت المنفعة مما تختلف باختلافه فاستؤجرت الدابة على أن يركبها فلان فان المستأجر يتقيد به فليس له أن يمكن غيره من ركوبها سواء أكان ذلك باجارة أم باعارة أم باباحة واذا فعل ذلك كان مخالفا وعد غاصبا فاذا هلكت الدابة عند ذلك كان ضامنا وليس عليه أجر لقاء هذا الانتفاع وان سلمت الدابة الا أن يكون قد انتفع

(١) الدر المختار جـ٣ ص٣٩٩ وما بعدها ، ص٤١٢ .

انتفاعا مأذونا فيه وصاحبه ما لم يؤذن به بأن أردف من يستمسك بنفسه مثلاوهلكت الدابة بعد ذلك فان عليه الأجر المسمى لقاءما انتفع وعليه ضمان نصف قيمة الدابة لخروجه عن الأمانة بمخالفته وانما لميلزمه أجر فى الحال الأولى لأنه قد صار غاصبا بانتفاعه وهو مخالف . ومنافع المغصوب غير مضمونة وان لم يترتب على ذاك هلاكها لأنه يصير فى هذه الحال ضامنا ولا يجتمع عند الحنفية أجر وضمان وانما لزمه الأجر فى الحال الثانية لانتفاعه بمقتضى العقد ووجب ضمان نصف القيمة لركوب غيره معه فان ضمن المالك المستأجر لم يرجع بشىء على الرديف لأنه جزاء مخالفته وان ضمن الرديف رجع على المستأجر اذا كان مستأجرا من المستأجر لأنه قد غره ولا يرجع عليه بشىء اذا كان ركوبه بطريق الاعارة أو الاباحة اذلم يكن بينهما عقد يقتضى السلامة ، واذا كان الهلاك قبل بلوغ الغاية لم يجب عليه من الأجر المسمى الا بحسب ما انتفع [١] .

وان نص فى العقد على التعميم أو أطلق تعين المنتفع بأول من ينتفع بها وكأنه قد شرط فى العقد ألا ينتفع بها سواه وعليه فالحكم كما تقدم ووجه ذلك انه عند الاطلاق تكون الاجارة فاسدة ففى الثانى اذا استأجر دابة للركوب ولم يسم من يركبها لا تصح الاجارة كما اذا استأجر ثوبا للبس ولم يبين من يلبسه أو قدرا للطبخ ولميسم ما سيطبخ فيه أو أرضا للزراعة ولم يسم ما سيزرع فيها كما جاء ذلك فى شرح الطحاوى وذلك لاختلاف المنفعة باختلاف الناس فتتعدد المنافع بتعددهم فيكون المعقود عليه مجهولا فلا يصح العقد فاذا عين المنتفع عملا قبل الفسخ التحق ذلك بالعقد وصحت الاجارة بذلك وهذا استحسان وفى القياس يجبأجر المثل لفساد الاجارة لاستبقاءالمنفعة بعقد فاسد ووجه الاستحسان أن المفسدهو الجهالة المفضية الى المنازعة وقد زال ذلك بجعل التعيين فى الانتهاء كالتعيين فى الابتداء ولذا لا ضمان عند هلاك العين فى هذه الحال — واذا عمم فقال على أن أركب من أشاء فأركب نفسه أو غيره فان الأمر يصبح مرده الى مشيئة المستأجر وتتعين مشيئته بأول راكب وكأنه نص عليه فى الابتداءفلا يجوز له أنيزكب غيره ، نص على ذلك فى الكافى [٢] .

واذا كانت المنفعة لا تختلف باختلاف المستعمل لم يتقيد المستأجر بمنتفع خاص سواء أشرط ذلك عليه فى العقد أم لم يشرط والشرط بذلك باطل وعلى ذلك له أن يؤجر العين لغيره وأن يعيرها اياه لأنه مالك للمنفعة ومتقضى الملك جواز التصرف فيها وليس فى التقييد فائدة غير أنه اذا أراد أن يؤجر العين وجب أن تكون الاجارة لغير مالكها اذ لا يجوز أن يستأجر الانسان ملك نفسه لأن المنافع حين تنشأ تنشأ على ملك مالك العينوعنه تنتقل الى المستأجر كمايجب ألا تزيد الأجرة فى عقد الاجارة الصادر من المستأجر لغيره على الأجرة الواجبة عليه بعقد اجارته مع المالك الا فىحالتين ، الأولى

---

(١) الدر المختار جـ٥ ص٢٥ .

(٢) الزيلعى والشلبى عليه جـ٥ ص١١٥ .

أن تكون الأجرة من جنس خلاف جنس الأجرة الواجبة عليه للمالك ـ الثانية أن يكون المستأجر قد أصلح فى العين أو زاد فيها زيادة لها انتفاع ـ ووجه ذلك أن المنافع قد تقومت بعقد الاجارة الأول على المستأجر بقيمة معينة فاذا أجرها بأكثر منها كانت الزيادة بلا مقابل فلا تحل لهوكانت من أكل المال الباطل — واذا انتهت مدة الاجارة الأولى أو انفسخت الاجارة الأولى بسبب من الأسباب قبل انتهاء مدة الاجارة الثانية ولم يجز مالك العين استمرار الاجارة الثانية انفسخت فى باقى المدة ولا يكون المستأجر الثانى مطالبا بالأجرة للمالك بل يعد مطالبا للمستأجر الأول والمستأجر الأول هو المطالب للمالك [1] .

مذهب المالكية :

جاء فى المواق عن المدونة قال ابن القاسم وان استأجرت ثوبا تلبسه الى الليل فلا تعطه لغيرك يلبسه لاختلاف اللبس والأمانة فان هلك بيدك لم تضمنه وان دفعته الى غيرك ضمنته ان تلف. وقد كره مالك لمكترى الدابة لركوبه أن يكريها لغيره وان كان أخف منه فان أكراها لم أفسخه وان تلفت لم يضمن اذا كان قد أكراها فيما اكتراها فيه من مثله فى حالته وخفته وأمانته ولو بدا له السفر أو مات أكريت من مثله وكذلك الثياب فى الحياة والممات وليس ذلك ككراء الحمولة والسفن والدور فان للمكترى أن يكريها من مثله فى مثل ما اكتراها له ، أى من غير كراهة بدليل ما جاء فى الشرح الكبير : وكره ايجار مستأجر دابة لركوبه أن يؤجرها لمثله خفة وأمانة ولا ضمان عليه ان ضاعت بلا تفريط أو ماتت أما لو كان قد استأجرها للحمل عليها فيجوز كراؤها لمثله اذ للمستأجر أن يفعل مثل المأذون فيه لا الأكثر ضررا وقال الحسن عن ابن يونس فى ذلك يعنى من غير كراهة ومال اللخمى الى اشتراط اذن المالك فى كراء المستأجر ما اكتراه الى شخص آخر قال فى العمدة ويجب فى الاجارة تعيين المركوب لا الراكب وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه أو بمثله خفة وحذقا بالمسير ثم قال ومن اكترى دارا فله أن يسكنها أو يسكنها غيره أو يؤجرها سواء أأجرها لأجنبى أو لمؤجرها له بمثل الأجرة أو بأقل أو بأكثر وقال مثل هذا فى كتاب الارشاد وجاء أيضا فى العمدة محل استيفاء المنفعة لا يتعين وان عين بل للمستأجر أن يستوفى المنفعة بنفسه وبغيره وله أن يؤجر مؤجره وغيره بمثل الأجرة أو بأقل منها أو بأكثر وجاء فى شرحه أن له ذلك ولو عين نفسه للركوب أو للسكنى لأنه قد ملك المنفعة فكان له أن يملكها لمن شاء كسائر أملاكه ولهذا يكون له اجارة ما استأجره ممن شاء وبما شاء قال ابن الحاجب لا يتعين راكب الدابة وان عين لم يلزم تعينه [2] ـ وجاء فى الحطاب : ويجوز للمالك أن يستأجر ما أجره لغيره منه أو من وارثه بعد موته ما لم يؤد ذلك الى دفع قليل فى كثير بأن يؤجر بأجر مؤجل ويستأجر بأجر أقل حالا فيأخذ المستأجر أجرة حالة ليدفعها الى المالك بعد مدة مضاعفة فان ذلك ممنوع كما فى بيوع الآجال [3] ـ وجاء فى

(١) الدر المختار وابن عابدين عليه جـ٥ ص٢٤ والفتاوى الهندية جـ٤ ص٤٧٢ .

(٢) الحطاب والمواق جـ٥ ص٤١٦ و ٤١٧ والشرح الكبير والدسوقى عليه جـ٤ ص١٧ ، ١٨ .

(٣) الحطاب جـ٥ ص٤٠٦ والشرح الكبير جـ٤ ص١٠

المواق [1] ــ ويجوز لمن استأجر أجيرا يعمل له أن يؤاجره من غيره لأنه قداستحق منافعه ذكر ذلك عن سماع عيسى وجاء فى الشرح الكبير والدسوقى عليه [2] ــ وضمن المكترى ان أكرى الدابة أو العين المستأجرة لغير أمين أو أقل أمانة أو لأثقل منه أو أشد ضررا ولو كان دونه فى الثقل فيضمن القيمة عند التلف والنقص عند التعيب وللمالك الرجوع على الثانى ان علم بتعدى الأول فان كان ممنوعا من كرائها وعلم ذلك ، وان لم يعلم فقولان ويجوز لمؤجر العين أن يبيعها فان باعها من مكتريها جاز وانفسخت الاجارة فيما تفى من مدتها ويرى الشيخ أبو عمرو أن بقية الكراء يضاف الى ثمن الدار فيجعل كله ثمنا للدار وذهب غيره الى خلافه فيتم البيع بما وقع عليه فقط وصوبه ابن سهل وان باعها لغير مكتريها فالمستأجر لها أولى ان بقى من مدة الاجارة اليوم أو اليومان فان زادت فسخ البيع الا اذا رضى المشترى البقاء على البيع الى انتهاء مدة الاجارة واختلف رأيهم فيمن يستحق أجر المدة الباقية عند بقاء العقد ذهب بعضهم الى أنها للبائع وذهب آخرون الى أنها للمشترى [3] .

مذهب الشافعية :

يجوز لمالك العين المستأجرة فى مدة الاجارة أن يبيعها لمستأجرها ولا تنفسخ الاجارة بسبب ذلك على الأصح لاختلاف محل العقدين فعقد البيع يرد على رقبة العين وعقد الاجارة وارد على منفعتها فلا تعارض بين العقدين ولا منافاة والقول الثانى تنفسخ الاجارة بذلك لأن المستأجر اذا ملك الرقبة بعقد الشراء حدثت المنافع على ملكه فلا يستوفيها بالاجارة وهى ملكه ولو باعها المالك لغير المستأجر أو وقفها أو وهبها أو أوصى بها وذلك فى مدة الاجارة جاز فى الأظهر وان لم يأذن المستأجر لما مر من اختلاف موردى العقدين ويد المستأجر لا تعد حائلة فى الرقبة لأن يده عليها يد أمانة ومن ثم لم يمنع المشترى من تسلمها لحظة لطيفة ليستقر ملكه ثم ترجع الى المستأجر ويغتفر ذلك القدر اليسير للضرورة — والقول الثانى لا يجوز ذلك لأن يد المستأجر تحول دون التسليم وعلى القول الأول لا تنفسخ الاجارة قطعا بل تبقى العين فى يد المستأجر الى انقضاء أمد الاجارة فان جهل المشترى أنها مؤجرة خير بين الفسخ والانتظار واذا أجاز المشترى لم يستحق أجر المدة الباقية من الاجارة [4] .

وجاء فى النهاية :

وللمستأجر أن يستوفى المنفعة بنفسه وبغيره الأمين لأنها ملكه فلو شرط عليه أن يستوفيها بنفسه فسد العقد كما لو شرط على المشترى ألا يبيع فيركب ويسكن ويلبس مثله فى الضرر اللاحق بالعين وفيما دونه بالأولى لأن ذلك يعد استيفاء للمنفعة فلا يسكن حدادا أو نحوه . وجاء فى مغنى المحتاج : وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة لغيره وهذا باطلاقه يشمل تأجيرها

(١) جـ٥ ص٤١٦ .
(٢) جـ٤ ص٤١ .
(٣) الحطاب جـ٢ ص٤٠٧ .
(٤) نهاية المحتاج جـ٥ ص٤٢٤ وما بعدها و ص٣٠٣.

للمؤجر دون تقييد بنقص أو زيادة فى الأجرة الواجبة باجارته لغيره [١]

مذهب الحنابلة :

واذا تصرف المؤجر فيما أجره فقد يتصرف فى رقبته وقد يتصرف فى منفعته — فاذا تصرف فى رقبته فباع العين التى أجرها صح بيعه سواء أباعها لمستأجرها أم لغيره نص على ذلك أحمد وبه قال الشافعى فى أحدقوليه أحدهما انباعها لغير المستأجر لم يصح بيعه لأن يد المستأجر حائلة فيها تمنع تسليمها الى المشترى فمنعت صحة البيع كما فى بيع المغصوب . وللحنابلة أن الاجارة عقد على المنافع والبيع عقد على الرقبة فاختلف موردهما ويد المستأجر انما هى على المنافع فلا يمنع ثبوتها من تسليم الرقبة لمشتريها بقدر ما يستقر البيع ولئن منعت من التسليم فى الحال فلا تمنع منهفى الوقت الذى يجب فيه التسليم وهو وقت انقضاء الاجارة وزوال يد المستأجر والمشترى فى هذه الحال انما يملك العين مسلوبة المنفعة الى حين انقضاء عقد الاجارة ولا يستحق تسلم العين الا عند انقضائها حيث يبدأ حقه فى الانتفاع بها اما اذا باعها لمستأجرها فان بيعه يصح أيضا اذ العين فى يده وفى انفساخ الاجارة بهذا البيع وجهان أحدهما لاتنفسخ لأنالمستأجر تملكالمنفعة بعقد ثم ملكالرقبة مسلوبة المنفعة بعقد آخر فلم يتنافيا كمن يملك ثمرة شجرة بشرائها ثم يملك بعد ذلك رقبتها ولذا لو أجر الموصى له بالمنفعة العين الموصى له بمنفعتها لمالك رقبتها صحت الاجارة وكذلك تصح اجارة العين المستأجرة لمالكها — وعلى ذلك يجب على المشترى ثمنها وأجر انتفاعه بها مدة الاجارة . وثانيهما : ان الاجارة تنفسخ فيما بقى من مدتها لأنها عقد على منفعة العين وهى تابعة للعين فى التملك فاذا تملك المستأجر العين بعقد البيع تملك منفعتها فلم تصح أن تكون محلا لملك جديد لمالكها وذلك بواسطة الاجارة فتبطل الاجارة لذلك وعلى هذا يسقط عن المشترى أجر المدة الباقية واذا كان قد دفعه لمالكها احتسب من الثمن واذا ورث المستأجر العين كان الحكم فى ذلك هو الحكم فيما لو اشتراها فى بطلان الاجارة أو بقائها وعلى هذا لو استأجر انسان من أبيه دارا ثم مات أبوه عنه وعن أخ له كانت الدار بينهما نصفين وكان المستأجر منهما أحق بها لأن النصف الذى ورثه أخوه لا تزال الاجارة فيه باقية والنصف الذى ورثه المستأجر قد استحقه اما بحكم الملك واما بحكم الاجارة بالنظر الى منفعته وما عليه من الأجر يكون بينهما نصفين فان كان الأجر قد أدى الى المورث لم يرجع المستأجر بأجر نصفه على أخيه ولا على التركة لأنه لو رجع بشىء أفضى ذلك الى اختلاف الأخوين فى الميراث أحدهما قد ورث النصف بمنفعته وهو المستأجر لبطلان الاجارة فى نصفه فقط والآخر قد ورث النصف مسلوب المنفعة لبقاء الاجارة فيه والله سبحانه وتعالى قد سوى بينهما فى الميراث [٢] .

واذا اشترى المستأجر العين المستأجرة فردها بعيب على مالكها فى المدة فان قلنا لا

(١) مغني المحتاج جـ٢ ص٣٢٤ .

(٢) المغني جـ٦ ص٤٦ وما بعدها .

تنفسخ بذلك فالاجارة باقية بعد رد العين كما كانت قبله وان قلنا قد انفسخت بشراء المستأجر العين فلا تعود بردها وان كان المشترى أجنبيا فرد المستأجر العين المستأجرة على مؤجرها بعيب فينبغى أن تعود المنفعة فى باقى المدة الى بائعها لا الى مشتريها لأنه يستحق عوضاعلى المستأجر فاذا سقط عاد اليه بدله .

أما تصرف مالك العين المستأجرة فى منفعتها مدة اجارتها فغير جائز لأنها صارت مملوكة لغيره وهو المستأجر فان تصرف نظرنا فى ذلك — فان كان تصرفه فى حال بدا للمستأجر فيها أن يتركها وكان ذلك قبل انقضاء المدة مثل أن يكترى دارا سنة فيسكنها شهرا ويتركها فيؤجرها المالك لغيره احتمل أن ينفسخ عقد المستأجر الأول فيما تصرف فيه المالك لأنه قد تصرف فيه قبل قبض المستأجر له لانعقاد المبادلة فى الاجارة آنا فآنا ويكون على المستأجر أجر ما مضى فلوكانت العين دارا فسكن المستأجر شهرا وتركها شهرا وأجرها المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين فقط [١] .

وللمستأجر أن يؤجر العين لغيره ممن يساويه فى الانتفاع بها أو يكون دونه فى ذلك ويجوز أن يؤجرها لمالكها مطلقا لرضاه ذلك باقدامه على استئجارها وانما جاز له ذلك لأنه قد ملك منفعة العين بالاجارة فجاز له أن يستوفيها وأن يتصرف فيها وعلى هذا اذا اكترى دابة ليركبها كان له أن يركبها بنفسه وأن يركبها غيره ممن هو مثله أو أخف منه لأن العقد انما اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب فله أن يستوفيها بنفسه أو بنائبه وله أن يستوفى أقل منها لأنه استيفاء لبعض ما يستحقه فان شرط عليه المالك ألا يستوفى الا لنفسه فقياس قول أصحابنا أن العقد صحيح والشرط باطل فقد ذكروا فيمن شرط عليه أن يزرع فى الأرض حنطة ولا يزرع فيها غيرها أن الشرط يبطل ويصح العقد ويحتمل أن يصح الشرط وهو أحد وجهين لأصحاب الشافعى . أحدهما يبطل الشرط لأنه ينافى مقتضى العقد — وانما يجوز للمستأجر أن يؤجر العين لغير مؤجرها اذا تسلمها نص على ذلك أحمد وهو قول سعيد بن المسيب وأصحاب الرأى . وذكر القاضى فيه رواية أخرى مقتضاها عدم جواز اجارة العين المستأجرة لأنها تمليك لما لم يدخل فى ضمان المملك اذ المنافع قبل استيفائها معدومة فلم تدخل فى ضمان المستأجر لذلك وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن والرواية الأولى أصح لأن قبض العين يقوم مقام قبض منافعها بدليل جواز التصرف فيها وكذلك اجارة المنافع قبل قبض العين لا تجوز من غير مؤجرها فى أحد وجهين لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر فى جواز العقد عليها القبض كالأعيان — والوجه الآخر يجوز — اما اجازتها لمؤجرها قبل القبض ففيه أيضا وجهان عند من يرى عدم جواز الاجارة لغير المؤجر . اما عند من يرى جوازها فان ذلك يجوز عنده لثبوت يد المؤجر فى هذه الحال واما بعد القبض فجائزة واليه ذهب الشافعى [٢] .

---

(١) المغنى جـ٦ ص٢٢ وما بعدها .

(٢) المغنى جـ٦ ص٥٣ .

وجاء فى اغاثة اللهفان لابن القيم أنه يجوز للمستأجر ان يؤجر ما استأجره لغيره مؤجرا كان أم غيره خلافا لأبى حنيفة فى المؤجر [١] ولم يقيد ذلك بقيد من القيود السابقة واذا جاز للمستأجر ان يؤجر العين المستأجرة كان له اجارتها بمثل الأجرة التى أجرها بها وبزيادة عليها نص على ذلك أحمد وعن أحمد أنه ان أحدث زيادة فى العين جاز له أن يكريها بزيادة والا لم يجز فان فعل تصدق بالزيادة . ووجه الرواية الأولى أنه ملك المنفعة فيملك أن يملكها بما يشاء كالعين يشتريها فيملكها غيره بما يشاء ونقل الاثرم عن أحمد أنه سأله عن الرجل يتقبل العمل من الأعمال فيقبله غيره بأقل مما تقبله به أيجوز له الفضل ؟ قال ما أدرى هى مسألة فيها بعض الشيء [٢] .

مذهب الظاهرية :

يرى ابن حزم ان اقدام مالك العين المستأجرة على بيعها أو اخراجها من ملكه بأى وجه كل ذلك يبطل الاجارة فيما بقى من مدتها وينفذ تصرفه بالبيع والاخراج عن الملك بالهبة والاصداق والصدقة فان كل ذلك تصرف فيما يملكه فينفذ واذا نفذ فقد خرجت العين عن ملكه واذا خرج عن ملكه بطل عقده فيه اذ لا حكم له فى مال غيره ولا يحل للمستأجر منافع حادثة فى ملك غير مؤاجرة [٣] .

وقال فى مسألة ١٣١٤ . ومن استأجر دارا أو دابة أو شيئا تم أجره بأكثر مما استأجره به أو بأقل أو بمثله فهو حلال جائز وكذلك الصانع المستأجر لعمل شيء فيستأجر هو غيره ليعمله بأقل أو بأكثر أو بمثله فكل ذلك حلال والفضل جائز لهما الا ان تكون المعاقدة وقعت على ان يسكنها بنفسه أو يركبها بنفسه أو يعمل العمل بنفسه فلا يجوز غير ما وقعت عليه الاجارة [٤] .

مذهب الزيدية :

اجاز الزيدية للمستأجر ان يؤجر العين المستأجرة بشروط ثلاثة : أحدها : أن يكون ذلك بعد قبضها فليس له أن يؤجرها قبل أن يتسلمها . والثانى : ان تكون الاجارة لغير مؤجرها سواء أكان هو المالك أم غيره . الثالث : أن تكون الاجارة لمثل العمل الذى استأجرها لأجله أو لما هو دونه وبمثل الأجرة التى استأجرها بها أو بما هو دون ذلك — ذلك هو المذهب وهو قول الهادى وأكثر العلماء وقيل لا يجوز ذلك الا باذن مالك العين مطلقا سواء أكانت الاجارة بمثل الأجرة أم بدونها أم بأكثر منها ولمثل العمل أو لأكثرمنه أولما هو دونه — اما اعارةالمستأجر العين المستأجرة فجائزة من غير اذن المالك اجماعا — واذا لم يكن المستأجر قد تسلم العين المستأجرة أو أراد أن يؤجرها لمالكها أو لعمل أكثر من العمل الذى استأجرها لأجله أو بأجرة أكثر مما استأجرها به ولو بعد قبضها فلا يجوز ذلك الا باذن من المالك أو باجازته فيما اذا أجر لأكثر مما استأجر لأجله وذلك باجماع الآراء أو أجر بأكثر مما استأجر به من الأجرة وذلك هو المذهب فقال

(١) جـ١ ص٣٩ .
(٢) المغنى جـ٦ ص٥١ وما بعدها .
(٣) المحلى جـ٨ ص١٨٤ و ص١٨٥ ومابعدها مسألة ١٢٩١ .
(٤) محلى جـ٨ ص١٩٧ .

المؤيد بالله يجوز ذلك من غير اذن كما يجوز ذلك فى المذهب اذا زاد المستأجر فى العين المستأجرة زيادة ترغب فيها كبناء أو اصلاح اذ فى هذه الحال تطيب له الزيادة وان لم يأذن المالك لأنها فى مقابلة زيادته — أما قبل قبض العين المستأجرة فلا يجوز للمستأجر اجارتها من المالك ولو مع اذنه [1] .

مذهب الامامية :

اذا باع المؤجر العين المستأجرة فى مدة الاجارة صح البيع ولا يقف على اجازة المستأجر سواء أباعها للمستأجر أم لغيره واذا حدث البيع والمشترى يعلم بالاجارة لزم البيع ولا يخير المشترى بين الفسخ والامضاء — واذا لم يكن عالما فاختار الامضاء أو كان عالما ملك العين المستأجرة مسلوبة المنفعة الى حين انتهاء مدة الاجارة ولايستحق تسلم العين الا بانقضاء من الاجارة واذا فسخ المستأجر الاجارة فى المدة لحدوث عيب مثلا فالأقرب رجوع المنفعة الى انتهاء المدة للبائع لا الى المشترى — واذا كان المشترى هو مستأجر العين صح البيع بتمام العقد والأقرب حينئذ عدم بطلان الاجارة بشرائه فيكون عليه الأجر فى باقى المدة كما يلزم بالثمن واذا ردها المشترى «المستأجر» فى هذه الحال بعيب انفسخ البيع له برده والاجارة على حالها — ولو قيل اذا كان المشترى للعين هو المستأجر انفسخت الاجارة ولم يكن للمشترى ان يرجع بالأجرة على البائع اذا عجلها لكان وجها — واذا ورث المستأجر العين المستأجرة فان قلنا أن موت المؤجر يبطل الاجارة بطلت الاجارة فى باقى المدة — ورجع المستأجر على التركة بما له من الأجر عن المدة الباقية ان كان قد دفعه . وان قلنا بعدم الابطال على ما اخترناه فالأقرب فى هذه الحال عدم البطلان وان أصبح المستأجر هو المالك ولو مات المؤجر وترك ابنين أحدهما المستأجر كانت رقبة العين المستأجرة بينهما نصفين والمستأجر أحق بوضع يده عليها بسبب عقد الاجارة الى أن تنتهى مدتها وعليه نصف الأجرة لأخيه اذا لم يكن قد أداها فان كان قدأداها الى المورث لم يرجع بشىء على أخيه ولا على التركة .

ويجوز للمستأجر ان يؤجر العين المستأجرة بشرطين : أحدهما أن يؤجرها لمثله أو لمن هو دونه فى الاستعمال . والثانى الا يكون عقد الاجارة الذى صدر له من المالك قد شرط فيه ما يمنع تأجيرها أو ما يقضى بتخصيصه باستعمالها . فلو أجره المالك بشرط الا يسكن غيره أو لا يركبه لم يجز المخالفة [2] وجاء فيه بعد ذلك — ولو استأجر انسان عينا جاز له أن يؤجرها غيره ممن يساويه أو يكون دونه فى استيفاء المنفعة التى اجرت لها العين ما لم يشترط عليه المالك عدم ذلك قبل قبضه العين سواء فى ذلك المؤجر وغيره — ثم ان المستأجر ان أحدث فى العين حدثا كحفر نهر أو بناء حائط أو عمل باب أو غير ذلك ، وان قل العمل جاز ان يؤجرها بأكثر مما استأجرها به سواء أكان من جنسه

---

(١) شرح الازهار جـ٣ ص٢٦٦ ، ص٢٦٧ .

(٢) تحرير الاحكام جـ٢ ص٢٤٢ ، ص٢٤٤ ، ص٢٤٥

أم من غيره فان لم يحدث فيها حدثا ففى جواز اجارتها بأكثر مما استأجر به من جنس أجرتها قولان أقربهما المنع ولو أجرها بغير الجنس جاز سواءأكان ذلك بزيادة أم بنقص ولو أجرها من جنس أجرتها بأزيد مما استأجرها به ففى بطلان العقد حينئذ نظر ومع القول بصحته تطيب الزيادة ولو سكن بعض الدار وأجر الباقى بغير جنس جاز بالزيادة ولو كان من الجنس لم يجز أن يؤجر بالزيادة الا ان يحدث فى العين حدثا يستوجبها فعند ذلك تجوز الزيادة . والصانع اذا تقبل عملا بشىء معلوم لم يجز له أن يقبله غيره بأقل من ذلك ما لم يحدث حدثا مما استؤجر له كتفصيله الثوب أو خياطة شىء منه أو اعطائه خيوطا أو ابرا فعند ذلك يجوز أن يقبله بأقل مما أخذ من الجنس وغيره . وليس له ذلك اذا شرط عليه أن يعمل لنفسه [١] .

مذهب الاباضية :

جاء فى شرح النيل ما خلاصته :

من أجر دابة هى له أو دارا أو غيرها فلا يجوز له أن يخرجها عن ملكه ببيع أو اصداق أو هبة أو تصدق أو بوجه من الوجوه كما لا يجوز له أن يرهنها ولا يفعل بها ما تفوت به منافعها أو بعضها عن مستأجرها ولا يقسمها ولا يتصرف فيها تصرفا ما الا لاصلاحها وتحسينها على وضع لا يعطل المستأجر الى أن تنتهى مدة الاجارة فاذا انتهت فعل ذلك الا أن يتعلق بالعين شىء فات على المستأجر وثبت له حق استدراكه بحكم الشرع فيها فان مالكها لا يفعل شيئا مما سبق حتى يستدركه المستأجر — واذا فعل شيئا من هذه التصرفات معلقا جاز مثل ان يكريها لسنة مستقبلة أو يبيعها مؤجلةالى سنة أو يصدقها كذلك وذلك على القول بان العين تقبلها الذمة ، ولكن الصحيح انها لا تقبلها . ومثال ذلك ان يكريها لسنة فيقول لانسان آخر اذا انتهت السنة فهى لك صدقة أو هى لك بكذا من بيع أو اصداق أو غيره أو فهى لك رهن . كما يجوز له ان يفعل ذلك بشرط اتمام مدة الاجارة على القول بصحة ذلك بناء على قوله صلى الله عليه وسلم : المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا،وباعتبارذلك يجوز فيها كل تصرف باخراجها عن ملك مالكها ولا سيما الهبة مثل ان يقول أعطيتها لك بشرط الا تتصرف فيها حتى تتم مدة الاجارة أو رهنتها لك بشرط ذلك وان أجاز المكترى بيع ما اكتراه أو اخراجه من ملك مالكه بوجه من الوجوه أو رهنه أو نحو ذلك جاز قطعا [٢] .

وكذلك لا يجوز المؤجر ان يتصرف فى الأجرة ببيع أو هبة أو اصداق أو صدقة أو اخراج من الملك وان قبضها حتى يتم العمل الذى استؤجر لأجله وقيل يجوز له التصرف قبل الاتمام وعليه اتمامه وهذا على القول بان عقد الاجارة غير لازم . واما على القول بلزومه فيجوز له التصرف فيها بقدر ما قابل ما اتمه من عمل وهذا هو المختار .

وللمستأجر أن يؤجر العين التى استأجرها بمثل ما أجرها به لا بأكثر فاذا كراها بأكثر

(١) تحرير الأحكام جـ٢ ص٢٤٥ .

(٢) شرح النيل جـ٥ ص١٠٠ ، ١٠١ .

لم تحل له الزيادة بل هى لمالك العين الا ان يكون قد زاد فى العين شيئا من مال نفسه على الا يحسبه على صاحب العين وان له نزعه عند تمام المدة أو العمل وعند ذلك تكون الزيادة للمستأجر وقيل تكون أيضا للمؤجر فى هذه الحال — وجاء فى الديوان: وان كرى دارا أو بيتا من رجل فلا يجوز له ان يكريه لغيره بأقل من الكراء الأول أو بأكثر وكل ما كراها به من قليل أو كثير فهو لصاحبها زاد فيها شيئا أم لم يزد — وقيل يجوز له أن يؤجرها لغيره بما أراد ان زاد فيها شيئا نحو الباب والبناء وقيل جائز ذلك ولو لم يزد فيها شيئا وقيل لا يكريها لغيره فان فعل فالكراءله ويؤدى للمالك ما اتفقا عليه أولا وكذلك العمال لا يجوز لهم أن يعطوا لغيرهم ما أخذوه على الأجرة فان فعلوا فليؤدوا الأجرة لمن استأجروه ان سلم الشيء ويأخذوا من صاحبه ما اتفقوا عليه [1] .

الاجارة على الأعمال وأحكامها :

مذهب الحنفية :

أ) قد يكون محل الاجارة عمل عامل كما يكون منفعة عين وقد سبق بيان ذلك فاذا كان محلها عمل عامل كالخياطة والنسج والرعى والخدمة والحمل والبناء والهدم وغير ذلك من الأعمال فان العقد يتم بين من يطلب العمل وينتفع به وهو المؤجر أو المستأجر وبين من سيقوم بهذا العمل وهو الأجير وهذا العمل قد يكون مما لا يتحدد ولا يتقدر الا بالزمن وفيه يجب بيان مدته لتحديده وتقديره كالخدمة والرعى والحراسة وقد يكون مما يتحدد ويتعين بذكر نوعه وصفته كالحمل والبناء والكتابة والخياطة والنسج وفى هذا لا يجب ذكر مدة معه واذا ذكرت معه المدة كان ذكرها للاستعجال وقد سبق الحكم فى ذلك . والأجير الذى سيقوم بالعمل بمقتضى عقد الاجارة ان وقع العقد معه على مدة معينة لكى يقوم فيها بالعمل الذى تم التعاقد عليه سواء أكان له امتداد مع الزمن كالرعى والحراسة أم لم يكن له امتداد كاصلاح الآلات وكى الثياب على ألا يقوم فيها بعمل لغير مؤجره واحدا كان أو أكثر بل يكون مختصا به فلا يتقبل من غيره عملا كالطاهى تستأجره ليطهى لك شهرا بمرتب شهرى هو كذا والموظف فى شركة أو مؤسسة لمدة يقوم فيها بما يكلف به فيها من أعمال يسمى بالأجير الخاص أو الأجير الوحد وان وقع العقد معه على أن يقوم بعمل معين سواء أجعل الزمن معيارا له أم لا وكان له أن يتقبل من أى شخص ما يطلبه منه من أعمال ولو فى زمن قيامه بالعمل الذى تعاقد عليه فهو الأجير المشترك ومقتضى ذلك أن الأجير المشترك كل أجير هو يجوز له أن يتقبل العمل من كثير من الناس فى وقت واحد سواء أعمل لشخص واحد فعلا أم عمل لكثير وسواء أجعل الزمن معيارا له عند الحاجة الى ذلك بأن كان ضروريا لتحديده كالحراسة والرعى أم لم يجعل الزمن معيارا له كاصلاح آلة معينة وذلك كالمهندس والمحامى والطبيب اذا لم يقصروا على العمل لشخص معين أو أشخاص معينين ولم يمنعوا من أن يعملوا لكل من يطلب منه عملا وعلى ذلك فالراعى الذى

(١) شرح النيل جـ٥ ص١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٤ .

تستأجره لرعى غنمك شهرا بكذا اذا كان يرعى لغيرك أيضا فى هذا الوقت أو لم يكن ممنوعا من ذلك كان أجيرا مشتركا .

ب) والمعقود عليه فى اجارة الأجير المشترك هو العمل أو الأثر والوصف الذى يحدثه العامل فى العين محل عمله بعمله ويستحق المؤجر الذى تعاقد معه هذا العمل عليه ويثبت دينا فى ذمته كثبوت الدين فى ذمة المدين ولهذا لا تزدحم ذمته بكثرة الأعمال كما لا تزدحم ذمة المدين بكثير من الديون ويجب عليه الوفاء بالقيام به نتيجة للعقد ويستوجب الأجر بالوفاء به واذا يجب لصحة العقد معه بيان محل العمل اما بالاشارة اليه واما بوصفه بما يتعين به مع بيان مدته فيمايمتد ويكون الزمن معيارا له ويثبت للأجير فيه خيار الرؤية فى كل عمل يختلف باختلاف محله اذا لم ير المحل قبل العقد كالخياطة والحفر فله الفسخ والامضاء عند رؤيته محل عمله أما اذا كان لا يختلف باختلاف محله فلا يكون له بعدم رؤيته خيار بل يلزم العقد بتمامه كالكيل فانه لا يختلف باختلاف الحنطة مثلا واذا جمع فىهذهالحال بين المدة والعمل كأن يستأجر حائكاليخيط له هذا لثوب اليوم كان ذكر المدة للتعجيل ويرى الامام فساد الاجارة فى هذه الحال وقد تقدم بيان ذلك .

أما المعقود عليه فى اجارة الأجير الوحد فهو عمله أو منفعته هو فى المدة المبينةبالعقد وبذلك أصبحت منافعه فى تلك المدة ملكا للمستأجر والمناط فى ذلك استعداده فى هذه المدة وتمكين المؤجر من الانتفاع به فيها فى سبيل تحقيق المنفعة التى تم التعاقد عليها ولذا كان فى معنى التعاقد على تسليم نفسه فى تلك المدة تسليما لا يصاحبه مانع من العمل وكان لابد لصحة العقد فى هذه الحال من بيان العمل والمدة والا فسد العقد ولذا يستحق الأجرة المسماة بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل شيئا لعدم ما يعمل فيه أو ما يعمله كالموظف يستحق مرتبه اذا ما ذهب الى محل عمله مستعدا له قادرا عليه ولم يجد عملا يقوم به وكالطاهى يستحق أجرته وان لم يحضر له مؤجره ما يطهيه من الطعام واستحقاق هذا الأجير لأجرته يكون بحسب المدة لا بحسب العمل الذى يقوم به فيها ويمتنععليه — لما تقدم بيانهمنأنمنفعته فى المدة ملكا للمستأجر — أن يعمل فى مدة الاجارة لغير مستأجره فان عمل فيها لغيره نقص من أجرته بقدر ما أضاع من الزمن فى العمل لغيره كما لا يجوز له أن يعمل فيها شيئا لنفسه الا ما يقضى العرف بالتسامح فيه وهذا بخلاف الأجير المشترك اذ لا يستحق أجرا الا بالعمل [١] .

وعلى ذلك اذا أضاع فى العمل للغير ربع المدة نقص من أجره ربعه .

جـ) ضمانهما لما فى أيديهما .

الأجير الوحد أمين فيما يسلم اليه من الأشياء التى هى محل لعمله فاذا كان قصارا أو خياطا فهلك ما فى يده من الثياب لايصنعه لم يضمن اجماعا وكذلك لوتخرقت الثياب بصنعه الذى يعد من عمله المأذون فيه فلا ضمان عليه [٢] — ويضمن اذا تعمد

(١) البدائع جـ٤ ص١٨٤ والدر المختار وابن عابدين جـ٥ ص٤٤ ، ٤٨ طبعة الحلبى .
(٢) التحفة جـ٢ ص٥٢٢ .

الفساد كالوديع وكذلك ان أمره بعمل فعمل غيره ضمن .

أما الأجير المشترك فهو بمقتضى أن يده على محل العمل يد محقة مأذون فيها لا يضمن الا عند تعديه أو تقصيره لكنه رؤى فى زمن الصحابة والتابعين أن المصلحة تستوجب ضمانه حتى لا تتخذ أمانتهوسيلة لضياع أموال الناس واستلابها لكثرة العمال واختلاف أخلاقهم وحتى لايؤدى ذلك الى خوف أرباب الأموال على أموالهم من الصناع فيحجمون عن استئجارهم للعمل فيها وفى ذلك مضرة بهم ولهذا انتهى الحنفية الى تفصيل الحكم فى ضمانه على الوضع الآتى الذى ذكره ابن عابدين .

أولا : اذا كان هلاك المحل بفعل الأجير سواء أكان نتيجة تعديه أم كان بغير تعديه فلا ضمان عليه اتفاقا بين الامام وصاحبيه .

ثانيا : اذا كان هلاكه بغير فعل الأجير وكان بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كحريق غالب ونحوه فلا ضمان عليه اتفاقا أيضا .

ثالثا : اذا كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه لم يضمن عند الامام لأنه أمين وعندهما يضمن . وذهب المتأخرون بالصلح على نصف القيمة وذهب آخرون الى أنه ان كان معروفا بالصلاح لم يضمن وان كان معروفا بغير ذلك ضمن وان كان مستور الحال كان الحكم هو الصلح على نصف القيمة .

قال فى الخيرية : فهذه أربعة أقوال كلها مصححة ومفتى بها وأحسنها التفصيل الأخير والأول قول أبى حنيفة وهو قول عطاء وطاووس وهو قول عمر وعلى [١] .

د) استحقاقهما الأجرة :

اذا سلم الأجير الخاص نفسه فى مدة الاجارة استحق أجره وان لم يعمل متى كان متمكنا من أن يقوم بعمله وان منعه منه المستأجر فاذا سلم نفسه مريضا لا يستطيع عملا فلا يستحق بذلك أجره .

وليس للمستأجر أن يمتنع عن اعطائه أجر المدة كلها حسب العقد وان استغنى عنه فيها بل يجب عليه أن يؤديها اليه متى لم يكن بالأجير عذر يمنعه من العمل المطلوب منه فيها .

أما الأجير المشترك فلا يستحق أجره الا بالعمل وعلى حسبه كما تقدم ولابد لاستحقاقه الأجر من تسليم العمل وذلك يكون بانتهاء مدة الاجارة وهو يعمل أو الفراغ من العمل حتى قالوا فى الحمال أن الأجر لا يجب له ما لم يحط المتاع عن رأسه لأن الحط من تمام العمل فكل جزء من العمل غير مقصود اذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكان الكل كشىء واحد تقابله الأجرة كلها اذا تم واذا تضمن عقد الاجارة بين المستأجر والأجير شرطا يقضى بأداء الأجرة فى وقت معين اتبع ذلك الشرط فان اتفقا على دفعها فى أول المدة أو آخرها ان كانت مدة أو قبل تمام العمل أو بعده لزم ذلك وان لم يشترطا

---

(١) ابن عابدين على الدر المختار جـ٥ ص٤٥ والتحفة جـ٢ ص٥٢٦ .

ففى الأجير الوحد تعطى له الأجرة عند انتهاء كل مدة . ذلك لأن الأجر فى الواقع مقابل لها وفى الأجير المشترك يكون له طلب الأجرة لما تم من عمل ان كان هذا الأجير يعمل فى منزل المستأجر ولعمله أثر ظاهر فى العين اذ أن العين حينئذ تعد فى يد صاحبها فكلما أتم جزءا من العمل يصير بسبب ذلك مسلما الى المستأجر فيجب عليه ما يقابله من الأجر وان لم يكن قد تم العمل وان لم يكن العمل فى منزل المستأجر ولم تكن العين فى يد صاحبها فليس للأجير أن يطلب شيئا من الأجرة المسماة الا بعد تمام العمل وتسليم محله الى المستأجر وقيل لا يستحق الأجر فى الحالين الا بعد تمام العمل لأنه لا ينتفع ببعضه قبل الاتمام كما فى الخياطة ولكن لو عجل له المستأجر الأجر جاز وتملكه الأجير وان لم يكن لعمله أثر ظاهر فى العين كالحمال فانه يعتبر مسلما لكل جزء يقوم به من العمل لحصوله فى ملك المستأجر فبقدر ما يعمله يصير مسلما الى صاحب العين فيستحق عليه الأجرة وان لم يسلم العين الى صاحبها .

هـ) حبس الأجير محل العمل لأخذ الأجرة:

وإذا أراد الأجير حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفاء الأجرة كان له ذلك ان كان لعمله أثر فى العين ظاهر كالخياط والصباغ اذأن ذلك الأثر هو المعقود عليه فى هذه الحال والأجر يقابله فكان كالمبيع يحبس لاستيفاء الثمن فكذلك هنا تحبس العين لاستيفاء الأجرة اذ فى حبسها حبس للأثر واذا هلكت العين قبل التسليم سقطت الأجرة كهلاك المبيع قبل التسليم يسقط به الثمن ولا يجب على الأجير ضمان عند أبى حنيفة خلافا لهما أما اذا لم يكن لعمله أثر ظاهر فى العين كالحمال لم يكن له حبس العين المحمولة لاستيفاء الأجرة لأن ما لا أثر له فى العين ظاهرا فالبدل فيه مقابل بالعمل فاذا فرغ منه حصل العمل فى يد المستأجر بحصوله فى العين المملوكة له فلا يملك بعد ذلك حبسه عن المؤجر كالمبيع يسلم الى المشترى قبل القبض لا يعود البائع بعدذلك الى حبسه لاستيفاء الثمن ولو حبسه فهلك قبل تسليمه فعلا لم يسقط الأجر لأنه حين وقع العمل وتم حصل مسلما الى المستأجر لوقوعه فى يده فتقررت عليه الأجرة بذلك فلا تحتمل السقوط بالهلاك ثم يضمن مع ذلك لأن حبسه كان بغير حق فصار به غاصبا وهذا كله اذا كان محل العمل فى يد الأجير أما اذا كان فى يد المؤجر فان أى جزء يتم من العمل يصير مسلما الى يده فكان للأجير حق المطالبة بأجره الذى يقابله اذا كان ينتفع بهذا الجزء دون اتمام فاذا استأجره لحفر قناة فى أرضه فحفر بعضها كان له أن يطالبه بما يقابل ذلك البعض من الأجر نصفا أو ثلثا وعلى ذلك اذا استأجر خياطا ليخيط له قميصا فى منزله فان خاطه بعضه لم يكن له أجر على ما فعل لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه قبل الاتمام فلا تلزم له أجرة اذ أنه غير مقابل بشىء منها ولا يستحق الأجر الا باتمام خياطته وبما أن العمل حصل فى منزل المؤجر فاذا فرغ منه ثم هلك فله الأجرة فى قول أبى حنيفة لأن العمل قد صار مسلما اليه بعمله فى داره والعين غير مضمونة على قوله لأنه أمين أما على قولهما فالعين مضمونة ولا يبرأ عن

ضمانها الا بتسليمها الى مالكها بعد تمام الخياطة فاذا هلك الثوب فان شاء ضمنه قيمته صحيحا ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته مخيطا وله الأجر [١] .

انابة الأجير غيره فى العمل

لا يجوز للأجير الواحد فى جميع أحواله انابةغيره فيما تم التعاقد عليه معه من الأعمال ذلك لأن العقد وقع على عمله بنفسه لا على عمل غيره والعملان مختلفان ولكن يجوز للأجير المشترك اذا لم يشترط عليه أن يعمل بنفسه أن ينيب غيره بعمل ما استؤجر عليه لأن العقدوقع على العمل ذاته لا على عمله ولذلك فسواء قام بهو أم قام به نائبه جاز ذلك واستحق الأجر بذلك ويكون حينئذ ضامنا لما يتلف فى يد من أنابه اذا شرط عليه أن يعمل بنفسه اذ لا يجوز له حينئذ انابة غيره لأن العقد وقع على عمله وهو يتعين بنسبته اليه والتعيين هنا مفيد لا لتفاوت العمال فى صلاحية العمل واتقانه . أما اذا لم يشترطعليه ذلك فيجوزلهانابة غيره فى العمل من معينيه وتلاميذه وهم يضمنون ما أتلفوه اذاكان التلف نتيجة عمل منهم غير مأذون فيه بمقتضى عقد الاجارة كما اذا تخرق الثوب من وطئهم له اذ أنهم غير مأذونين فى ذلك واذا وقع السراج من يد أحدهم فأحرق الثوب فالضمان على الأستاذ الأجير لأن الذهاب بالسراج عمل مأذون فيه اذ يقتضيه العمل فينتقل الى الأستاذ وكأنه فعله بنفسه فيجب الضمان عليه عند وجوبه عليه ولو حصل خرق الثوب حين العمل بطريق الخطأ نسب ذلك أيضاالى الأستاذ لأن ذلك مضاف الى العمل ولا يخلو منه العمل عادة وهكذا تراعى الأحوال فى بيان من يجب عليه الضمان [٢] .

مذهب المالكية :

جاء فى الشرح الكبير ما خلاصته : ليس لراع استؤجر على رعى غنم أن يتقبل رعى غنم أخرى معها اذا لم يكن ذا قوة وكفاية لرعيها معا ولكن يكون له ذلك اذا قدر عليه بمشارك يشاركه فى الرعى — وهذا اذا لم يشترط عليه رب الغنم الأولى أن لا يرعى غيرها معها فاذا اشترط عليه ذلك لم يرع غيرها معها مطلقا فان خالف فرعى غيرها كان أجره على ذلك لمستأجره صاحب الغنم الأولى وان شاء نقص من أجره المسمى ما نقص بسببمخالفته وطريق معرفة هذا النقص أن يتعرف على مقدار أجرة رعى الأولى وحدها بحسب العرف فاذا قيل عشرة مثلا نظر الى أجرة رعيها مع غيرها فاذا قيل ثمانية فقد نقص الخمس وعندئذ يخير مستأجره بين أن ينقصه خمس المسمى له فى العقد الأول وبين أخذ ما أجر به فى العقد الثانى ويدفع له أجره المسمى بتمامه ومثل ذلك فى الحكم أجير الخدمة اذا أجر نفسه لغير مخدومه الذى استأجره حتى فوت عليه بعض ما استأجره مخدومه عليه أو كله فان اجرته تكون لمستأجره الأول ان شاء وان شاء أسقط عن نفسه أجرة ما فوته عليه بالطريقة التى شرحت فان لم يفوت عليه

---

(١) البدائع ج٤ ص٢٠٤ وما بعدها ، والمبسوط ج١١ ص٢٤ ، ج١٥ ص١٠٧ ، ١٠٣ والبدائع ج٤ ص ٢١٠ .

(٢) البدائع ج ٤ ص ٢١٢ ، والدرالمختارج٥ ص٥٢ .

شيئا مما استأجره عليه بل وفى بكل مايطلب منه فلا كلام لمستأجره الأول عليه ولو عمل مجانا سقط من كرائه بقدر قيمة أجر مثل ما عمل [1] — وجاء فى المدونة أن المستأجر يخير بين ذلك وبين أن يسقط حصة الزمن الذى شغله بالعمل للآخر ونصها : وكذلك أجيرك للخدمة يؤاجر نفسه من غيرك يوماأو أكثر فلك أخذ أجره على ذلك أو تركه له واسقاط حصة ذلك اليوم من الأجر عنك وهذا اذا شغل الزمن بعقد اجارة أما اذاشغله بغير ذلك فليس للمؤجر الا اسقاط حصة ذلك الزمن [2] .

ومن هذا يفهم أن الأجير الخاص له العمل لغير مستأجره على ما نقله الدردير اذا لم يفوت على مستأجره غرضا له خلافا للحنفية وان كان المفهوم مما نقله الحطاب أن ليس له العمل لغير مستأجره مطلقا لاطلاق عبارته الا أن يحمل المطلق على المقيد .

والأجير سواءأكان أجيرا لا يعمل الالمستأجر واحد أو كان يعمل لكثير أمين بالنسبة الى ما تحت يده من الأعيان التى جعلت محلا لعمله فلا ضمان عليه ان ادعى الضياع أو التلف سواء أكانت العين مما يغاب عليه كالثوب أم لا كالدابة غير أنه ان كان متهما حلف على أنه قد ضاع أو تلف وما كان ذلك بتفريط أو تعد وقيل أنه يحلف عند ادعاء التلف أما الضياع فيصدق فيه من غير يمين لأنه لا ينشأ الا عن تفريط غالبا وسواء فى هذا الحكم أن يكون قدشرط عليه الضمان اذا لم يأت بسمة ما تلف أم لم يشترط عليه ذلك غير أن العقد يفسد عند ذكر هذا الشرط لأنه مناقض لمقتضى العقد ولذا يكون له أجر مثل عمله فيه سواء أزاد على المسمى أم لا عند ابن القاسم الا أن يسقط هذا الشرط بالتنازل عنه قبل الفوات والا صح العقد ، والفوات يكون بانتهاء العمل واسقاط الشرط قبل الانتهاء له حكم اسقاطه قبل العمل وبناء على ما ذكر فان الأجير على حمل دهن أو طعام أو آنية اذا عثر أو عثرت الدابة الحاملة فانكسر المحمول أو تلف ولم يكن ذلك نتيجة لتعد من الأجير بفعل أو بسوق الدابة سوقا غير معتاد لا ضمان عليه على المعتمد فى المذهب وهذا الحكم لا ينافى المقرر فى المذهب من أن العمد والخطأ فى أموال الناس سواء فى الحكم لأنه مقيد بما اذا لم يكن المخطىء أمينا وهو هنا أمين الا ترى أن من أذن له فى تقليب شىء فسقط من يده لا ضمان عليه وان سقط على شىء فانكسر ضمن ماسقط عليه لا ما سقط لأنه لم يؤذن بعمل فيما سقط عليه عندئذ وفى حاشية السيد ان السقاء الذى استؤجر على ملء الزير اذا سقط الغطاء من يده فانكسر الغطاء والزير ضمن الزير دون الغطاء لأنه مأذون برفع الغطاء وكذلك لا ضمان عليه اذاكان التلف نتيجة انقطاع الحبل المشدود به المتاع وكذلك لا ضمان على الخياط اذا أتى بقطعة قماش وقيل له هل تكفى فأجاب نعم وفصلها فظهر أنها غير كافية فلا ضمان عليه اذا لم يشرط عليه عدم تفصيلها اذا رأى أنها لا تكفى ومحل هذا اذا لم يكن الأجير متهما بأن صدقه رب المتاع أو كان التلف بحضرته أو بحضرة وكيله أو قامت بينة على صدقه

(١) الشرح الكبير جـ٤ ص٢٣ .
(٢) الحطاب جـ٥ ص ٤٢٦ .

أو كان قد صاحبه فى بعض الطريق وان فارقه فى باقيها والا ضمن كما نصوا كذلك على أنه لا يعد أمينا فى حمل ما تتسارع اليه الأيدى كالطعام بخلاف البز والعروض اذ القول له فيها ثم قال الدسوقى وحاصل فقه المسألة أن المستأجر للأعيان أمين مصدق فى دعواه التلف أو الضياع سواء أكان ما استأجره منها دابة أو ثوبا أو غير ذلك . أما الأجير ففيه تفصيل فاذا كان المستأجر عليه غير طعام كالعروض والدواب للرعى أو طعاما لاتتسارع اليه الأيدى كالقمح فانه يصدق فى دعواه التلف أو الضياع مالم يقم دليل على كذبه أما اذا كان المستأجر عليه طعاما تتسارع اليه الأيدى كالسمن والعسل فلا يصدق ويحمل على الخيانةحتى يثبت صدقه بدليل . واذا ما حصل التلف أثناء العمل أو فى أثناء الطريق فى حال الاستئجار على الحمل هل يكون للأجير أجر ما عمل بحسابه أولا أجر له ؟ ذكروا أنه اذا ضمن ما تلف كان له الأجر كله على أظهر القولين وعليه اقتصر ابن رشد فى البيان والقول الآخر له بحساب ما عمل أو سار وهو ما ذكر فى التوضيح وفى الشرح الكبير ان الأجير اذا ضمن له من الأجر بحساب ما سار ككل متعدد فى المحمولات فان لم يضمن فلا كراء له قال الدسوقى وحاصل القول أن الأجير فى حمل متاع اذا تعدى على المحمولوضمن فان له من الأجر بحساب ما سار أما اذا لم يضمن فلا كراء له قال النباتى وهذا كلام غير صحيحاذا لم يوافق قولا من الأقوال الأربعة التى ذكرها فى المقدمات فى مسألة تلف المحمولاتوهى : لهالكراء مطلقا ويلزمه حمل مثله من موضع الهلاك سواء هلك بسبب حامله أمبسببسماوى وهذا هو المشهورعند ابن رشد ، الثانى له بحساب ما سار مطلقا الثالث ان هلك بسبب حامله فله بحساب ما سار وان هلك بسبب سماوى فله الكراء كله ويلزمه حمل مثله من محل الهلاك ، والرابع مذهب المدونة وهو ان هلك بسبب حامله فلا كراء له وان هلك بسبب سماوى فله الكراء كله ويلزمه حمل مثله والظاهر فى جميع هذه الأقوال أنها فى الحالين حال الضمان وحال عدمه سواء كان المحمول طعاما أو غيره . ولا ضمان على الحراس لدار أو بستان أو طعام أو ثياب أو غيرها لأنهم أمناء الا بالتعدى أو بالتفريط ولاعبرة بالشرط عليهم من الضمان وفى الدسوقى ان ذلك هو أصل المذهب ولكن استحسن بعض المتأخرين تضمينهم نظرا للمصلحة العامة . ولا ضمان على أجير الصانع الذى استأجره لمعونته عمل بحضرته أم لا ما ظهر خيره بأن كان معروفا بالصلاح على الأظهر وفى المدونة يضمن القصار ما أفسده أجيره ولا شىء على الأجير الا أن يتعدى أو يفرط وفى سماع أصبغ من تضمين الصناع فى الغسال يكثر عليه المتاع فيستأجر الأجراء يبعثهم الى البحر بالثياب انهم ضامنون ، وفى هذا قال ابن رشد ان هذا لا يخالف ما فى المدونة من أنه لا ضمان على أجير القصار لأنهم لما انقلبوا بالثياب يعملون وغابوا عليها كانوا كالصناع سواء

أخذ ذلك من التجار أو من الصناع مثلهم [1] تضمين الصناع ، وضمان القيمة عند الضمان يوم التلف فى موضعه

الصناع أجراء كغيرهم من العاملين الذين يستأجرون لأعمالهم ولذا كان الأصل فيهم كما قال ابن رشد أن لا ضمان عليهم وانهم مؤتمنون لأنهم اجراء وقد أسقط رسول الله صلى الله عليه وسلم الضمان عن الأجير ولكن العلماء قد خصوا ذلك بالصناع فلم يتناولهم هذا الحكم نظرا واجتهادا مراعاة للمصلحة العامة وضرورة الناس ولهذا قال مالك أنهم ضامنون لما غابوا عليه وادعوا تلفه ولم يعلم ذلك الا منهم ولكن لا ضمان عليهم فيما ثبت ضياعه ببينة من غير تضييع وتابعه على ذلك جميع أصحابه الا أشهب فانه قد ضمنهم وان قامت البينة على التلف ولقوله حظ من النظر لأنه كما وجب أن يضمنوا للمصلحة العامة لم يسقط الضمان عنهم بالبينة حسما للذريعة لأن ما طريقه المصالح وقطع الذرائع لا يخصص فى موضع دون موضع وقول مالك أصح [2] .

وانما يضمن الصانع ما كان له فيه صنعة لا غيره ولو كان فى حاجة الى حضوره معه كالكتاب ينسخ منه الناسخ . وقال ابن شاس قال محمد : يضمن الصانع أيضا ما لا صنعة له فيه اذا كان مما لا يستغنى عن حضوره عند الصانع كالكتاب الذى ينسخ منه لا ما يستغنى عنه كأحد زوجى الحذاء اذا أحضره مع الآخر الذى يريد اصلاحه والى هذا ذهب أشهب فى سماعه . وقال سحنون لا ضمان عليه فى ذلك كله . وقد اختلف الشيوخ فى طريقة تقويم الذى يجب عليه ضمان هل يقوم وحده على أنه لا صاحب له أو يقومان معا ثم يقوم الباقى منهما وحده والفرق قيمة الضمان . وسيان فى هذا الحكم أن يكون عمل الصانع فى بيته أو فى حانوته وان يكون عمله بأجر أم بغير أجر وسواء كان التلف بصنعته فيه أم بغير صنعته ما لم يكن فى صنعته تغرير أى تعريض للاتلاف . كنقش الفصوص ونقش اللؤلؤ فلا ضمان الا أن يتعدى فى ذلك فيضمن هذا ويشترط لضمان الصانع مصنوعه شروط منها أن ينصب نفسه فى صنعته هذه لعامة الناس .

قال اللخمى وانما يعد كذلك اذ أقام معيشته التى امتهنها واستعملها سواء أكان يعمل فى سوقها أم فى داره اما من لم يقم نفسه عليها ولامنها معاشه فلا يعد أنه ينصب نفسه عليها . وبناء على ذلك اذا كان أجيرا خاصا فى هذا العمل لشخص أو لجماعة مخصوصين فلا ضمان عليه ومنها أن يغيب على الذات المصنوعة اما اذا لم يغب عليها بأن عملها فى بيت ربها بحضرته أو غائبا أو فى غير بيته بحضرته فلا ضمان وعلى ذلك فالمراد بالغيبة عليها الا يعملها بحضرة ربها أو فى بيته ومنها أن يكون مصنوعه مما يغاب عليه أما لو دفع شخص غلامه لمن يعلمه وقد نصب نفسه لذلك وغاب عليه وادعى هربه لم يكن عليه ضمان ومنها ألا يكون فى الصنعة تغرير أى تعريض للاتلاف فاما ان كان فيها تغرير كثقب اللؤلؤ فلا ضمان عليه واذا ضمن الصانع فانما يضمن ذلك الشىء الذى تلف عنده

---

(١) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص٢٤ وما بعدها الى ص٢٧ والمواق جـ٥ ص٤٢٩ هامش الحطاب . الحطاب جـ٥ ص٤٢٨ وما بعدها .

(٢) المواق جـ٥ ص٤٣٠ .

بقيمته يوم دفعه ربه اليه وليس لربه ان يقول أنا أدفع الاجرة وآخذ قيمته مصنوعا الا أن يقر الصانع أنه تلف بعد العمل واذا كان الضمان بقيمته يوم دفعه فذلك يستلزم عدم لزوم الأجرة لأنه انما ضمن القيمة قبل الصنع . والضمان هنا أصلى ولذا كان بالنظر الى يوم القبض لا الى يوم التلف .

واذا شرط عدم الضمان فى هذه الأحوال فسد العقد والشرط لمنافاة الشرط مقتضى العقد وله ان عمل وسلم أجر المثل . ويضمن الصانع بالتلف ولو سبقه دعاءربه لتسلمه اذا لم يكن الصانع قد قبض أجره أما اذا كان قد قبض أجره فلا ضمان لأنه صار كالمودع حينئذ ولا ضمان ان قامت بينة على التلف وحينئذ تسقط الأجرة سواء شهدت البينة بالتلف قبل العمل أم بعده . وقال بعضهم ان شهدت به بعد العمل لم تسقط الأجرة والا سقطت واذا أحضر الصانع مصنوعه الى ربه مصنوعا على الصفة التى طلبت منه وتسلم الأجرة ثم تركه ربه لديه فهلك فلا ضمان لانتهاء الاجارة وصيرورته وديعة بذلك الترك [1] .

قال فى الكافى : الصانع تضيع عنده السلعة فيضمن قيمتها ثم توجد بعد ذلك تكون له لا لصاحبها وكذلك المكترى تضل عنده الدابة لتعديه عليها بالضرب ونحوه فيغرم قيمتها ثم توجد تكون له .

ومما تقدم يرى أن الأجير أمين عند المالكية لا يضمن الا بالتعدى أو التفريط وان مالكا قد استثنى الصناع من الاجراء مراعاة للمصلحة العامة ولما تقتضيه ضرورة الناس [2] واذا ما استأجر الصانع آجيرا ليعينه فى عمله فلا ضمان عليه لا للصانع ولا لرب الشىء المصنوع الذى تلف لأنه أمين للصانع وذلك ما لم يفرط وليس عليه ضمان سواء غاب على مصنوعه أم لا وقال اشهب فى الغسال تكثر عنده الثياب فيؤاجر آخر يبعثه الى البحر بشىء منها يغسله فيدعى تلفه أنه ضامن وكلام التوضيح والمواق عن ابن رشد يفيد أن كلام اشهب تقييد للمشهور لا مقابل له وحينئذ فيقيد القول السابق بما اذا لم يغب الأجير عن الصانع بالشىء المصنوع خلافا لمن ذهب من المالكية الى ان كلام أشهب قول آخر مقابل للمشهور وهو عدم ضمان أحد من الصناع مطلقا [3] .

مذهب الشافعية :

جاء فى نهاية المحتاج ولو تلف المال فى يد أجير بلا تعد كثوب استأجر خياطا لخياطته أو صباغا لصبغه لم يضمن الخياط ولا الصباغ اذا لم ينفرد أحدهما باليد بان حدث العمل فى منزل رب الثوب أو حضرة ربه وكذلك لو صاحبه أو مشى خلفه فتلف — وكذلك لا يضمن ان انفرد الأجير باليد بان انتفى ما ذكر فى اظهر الاقوال لان يده انما

---

(١) الخرشى جـ٦ ص٣٣ وما بعده والمواق جـ٥ ص٤٢٧ والحطاب جـ٥ ص٤٢٩ وما بعدها والشرح الكبير للدردير والدسوقى جـ٤ ص٢٤ وما بعدها .

(٢) الحطاب جـ٥ ص٤٣٠ .

(٣) الشرح الكبير والدسوقى عليه جـ٤ ص٢٦ .

كانت لغرض المالك فكان شبيها بالمستأجر والقول الثانى يضمن كالمستعير والثالث يضمن ان كان أجيرا مشتركا بين الناس وهو كل من يلتزم العمل فى ذمته كخياطة لا الأجير المنفرد وهو من أجر نفسه مدة معينة من العمل أو أجر نفسه على ان لا يعمل لغير المؤجر فكان مختصا بمستأجر معين وبذلك صار فى حكم الوكيل ولا تجرى هذه الأقوال فى أجير للحفظ والحراسة اذا سرق متاع مما عهد اليه بحراسته فلا يضمنه قطعا لأنه لم يسلم اليه وانما هو بمنزلة حارس سكة سرق بعض بيوتها [1] جاء فى المهذب [2] اذا استأجر صانعا على عمل من خياطة أو صباغة فعمل فهل له أن يحبس العين حتى يقبض الأجرة ؟ فيه وجهان أحدهما لايجوز لأن المؤجر لم يرهن العين عنده فلم يجز له احتباسها كما لو استأجر مما لا يحمل له متاعا فحمله ثم اراد ان يحبس المتاع على الأجرة . ثانيهما يجوز لأن عمله ملكه فجاز له حبسه على العوض وذلك بحبس العين كالمبيع فى يد البائع .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى : والأجير على ضربين: خاص ومشترك فالخاص هو الذى يقع العقد عليه فى مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه فى جميعها كرجل استؤجر لخدمة أو لعمل سمى خاصا لاختصاص مستأجره بنفعه فى تلك المدة دون سائر الناس والمشترك هو الذى يقع العقد معه على عمل معين سواء أعينت له مدة لا يستحق المؤجر نفعه فيها جميعها بل يكون له أن يعمل لغيره كالطبيب فى مستشفى استؤجر للعمل فيه سنة أو أكثر على الا يختص المستشفى به بل يكون له أن يعمل فى غيره وان يعالج غير مرضى المستشفى ام لم تعين له مدة كالنجار والحداد والحمال سمى مشتركا لأنه يتقبل العمل من كثيرين فى وقت أو مدة واحدة .

والمشترك ضامن لما جنت يده كالحائك اذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد نص على ذلك أحمد ، والحمال ضامن لما يسقط من فوق رأسه أو لما يسقط منه أو يتلف من عثرته أو عثرة دابته أو من سقوط حملها لانقطاع حبله وهكذا وقد روى ذلك عن عمر وعلى وهو قول أبى حنيفة ومالك وأحد قولى الشافعى وفى قوله الآخر لايضمن الا اذا تعدى ولنا ما روى عن على أنه كان يضمن الصناع وقال لا يصلح أمر الناس الا على ذلك ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه اذ لا يستحق الأجر الا به فما تولد منه يجب أن يكون كذلك مضمونا كالعدوان بقطع عضو والثوب اذا تلف فى حرزه بعد تمام العمل فيه لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الأجير الخاص لاستحقاقه الأجر بمضى المدة وان لم يعمل

(١) نهاية المحتاج جـ٥ ص٣٠٧ ، ص٣٠٨ .
(٢) المهذب جـ١ ص٤١٦ .

وما عمل فيه من شيء فيتلف في حرزه لم يسقط من أجره شيء بتلفه .

وقد ذكر القاضي أن الأجير المشترك انما يضمن اذا كان يعمل في ملك نفسه مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه والخياط في دكانه ولو فعلا عند مؤجرهما فخاط الخياط في دار مؤجره وخبز الخباز في دار مؤجره لم يضمن أحدهما ما تلف على يده ما لم يفرط لأنه لما سلم نفسه صار كالأجير الخاص ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة أو راكبا على الدابة فوق حمله فتلف الحمل لم يضمن الملاح ولا المكارى لأن يد صاحب المتاع لم تزل . ولو كان العمل في دكان الأجير والمستأجر حاضر أو اكتراه ليعمل له شيئا وهو معه لم يضمن لأن يده عليه لم تزل ويجب له أجر عمله لأن يده عليه فكلما عمل شيئا صار مسلما اليه .

ولكن اذا تلف المتاع بجناية الأجير وتعديه ضمن لأن وجوب الضمان عليه حينئذ لجناية يده وعندئذ لا فرق في ذلك بين حضور المالك وغيبته .

وأما الأجير الخاص فهو غير ضامن ما لم يتعد قال أحمد في رواية مهنى في رجل أمر غلامه بأن يكيل لآخر برا فسقط المكيال من يده فانكسر لا ضمان عليه فقيل أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا . القصار مشترك وانما لم يضمن الأجير الخاص لأنه نائب عن المالك في صرف منافعه الى ما أمره به فلم يضمن من غير أن يتعدى كالوكيل أما ما يتلف بتعديه فيجب فيه الضمان .

واذا استأجر الأجير المشترك أجيراخاصا ليعمل في دكانه كالخياط يستأجر أجيرا مدة يستعمله فيها فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ودفعه الى أجيره فخرقه أو أفسده لم يضمنه لأنه أجير خاص ويضمنه صاحب الدكان لأنه أجير مشترك .

واذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله فان صاحبه يكون مخيرا بين أن يضمنه اياه غير معمول ولا أجر له وبين أن يضمنه اياه معمولا ويدفع اليه أجره — واذا وجب على الأجير ضمان المتاع المحمول فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذى سلمه اليه ولا أجر له وبين تضمينه اياه في الموضع الذى أفسده . ويعطيه الأجر الى ذلك المكان لأنه ملكه في الموضعين فله الخيار بين قيمته فيهما وعليه أجر ما حمل لوصول نفع ذلك اليه .

واذا عمل الأجير في حانوته لم يكن العمل مسلما الى المؤجر حتى يسلم العين اليه ولا يستحق الأجر حتى يسلمها مصنوعة مفروغا من العمل فيها اما اذا عمل في ملك المؤجر مثل أن يحضره المؤجر الى داره ليخيط فيها فانه يعد مسلما لعمله

كلما فرغ منــه . ويستحق الأجر بمجــرد عمله لأنه فى يد المؤجر فيصير مسلما للعمل حالا فحالا فلو استأجر بناء ليبنى له حائطا فى داره استحق أجره بمجرد عمله أما الأجير الخاص فيستحق أجره بمضى المــدة سواء تلف ما عمله أم لم يتلف نص عليه أحمدذلك لأنه يلزمه تسليم نفسه وعمل ما يستعمل فيه وقد وجد ذلك منه بخلاف الأجير المشترك .

وقد اختلفت الرواية عن أحمد فى الأجير المشترك اذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروى عنه انه لا يضمن وهو قــول طاووس وعطــاء وأبى حنيفــة والشافعى وروى عنه ان كان هــلاكه بما يستطاع دفعه ضمن وان كان بما لا يستطاع دفعه كالحريق الغالب والعدو الغالب فــلا ضمان وقال احمد فى رواية أبى طالب اذا جنت يده أو ضاع من بين متــاعه ضــمنه وان كان عدوا أو غرقا فلا ضمان واذا حبس الأجــير المشــترك العين بعــد عمله حتى يستوفى أجره ضمنه لأن صاحبه لم يرهنه عنده ولم يأذن له فى امساكه فلزمه الضمان كالغاصب .

واذا أخطأ القصار فدفع الثوب الى غير مالكه فعليه ضمانه لأنه فوته على مالكه ولا يسع من أخذه لبسه اذا علم أنه ليس ثوبه وعليه رده الى القصار ومطالبته بثوبه واذا حدث له تلف أو نقص عنده كان ضامنا لما نقص منه .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم فى المحلى :

ولا ضــمان على أجير مشــترك أو غير مشترك ولا على صانع أصلا الا ما ثبت أنه تعدى فيه أو أضاعه ، والقولفى كل ذلك قوله مع يمينه ما لم تقم عليــه بينة ، فان قامت عليه بينة بالتعدى أو الاضــاعة ضمن وله فى كل ذلك الأجرة فيما أثبت أنه كان عمله فان لم تقم بينة حلف صاحب المتــاع أنهما يعلم أنه عمل ما يدعى أنهعملهولاشىء عليه حينئذ ، وقالت طائفة : الصــناع كلهم ضامنون ما جنوا وما لم يجنوا ، قالوا : وكان عمر يضمن من الصناع ما كان يعمل بيده وكان على يضمن الأجير وهو مذهب كثير من التابعين وقالت طائفة : يضــمن الأجير المشــترك وهو العام وهو ما يســتأجر على الأعمــال ولا يضــمن الخــاص وهو الذى استؤجر لمدة وهو قول أبى يوسف ومحمد وقالت طائفة : يضمن الصانع ما غاب عليه الا أن يقيم بينة أنه تلف من غير فعله فلا يضمن [1]

(١) المحلى جـ٨ ص٢٠١ . مسألة ١٣٢٥ .

مذهب الزيدية :

يعرف الزيدية الأجير الخاص بأنه الذى يعمل لك فقط ويعرفون المشترك بأنه هو الذى يعمل لك ولجميع الناس ويرون صحة العقد مع الأجير الخاص اذا ذكرت فيه المدة ولم يذكر معها العمل كأن يقول استأجرتك هذا اليوم أو هذه السنة ولا يذكر عملا وتبدأ المدة من العقد ان لم تعين كما يصح العقد أيضا اذا بينت فيه المدة والعمل على أن تذكر المدة أولا مثل أن يقول استأجرتك اليوم على أن تخيط لى فيه هذا الثوب [1] .

واذا سلم الأجير الخاص نفسه استحق الأجر بمضى المدة وان لم يعمل الا أن يمتنع من العمل أو يعمل لنفسه أو للغير فى تلك المدة ، فان عمل للغير أو لنفسه فى تلك المدة عملا يمنعه من العمل للمستأجر أو ينقصه دون اذن من المستأجر — ولو كان حاضرا شاهدا ساكتا — سقط من أجرته بقدر المدة التى عمل فيها للغير ويكون له على ذلك الغير أجر مثله ، واذا أذن له المؤجر بأن يعمل لغيره كانت الأجرة للمؤجر اذا كان عمله للثانى ينقص من عمله ، فان كان لا ينقص منه ولا يترتب عليه ضرر استحق الأجير الأجرتين .

والأجير الخاص لا يضمن الا اذا فرط أو كان أجيرا على الحفظ فانه فى هذه الحال الأخيرة يضمن ضمان الأجير المشترك ، وللمؤجر فسخ العقد معه بطروء عيب يمنعه من العمل أو ينقصه ، كما له أن يفسخه أيضا بخيار الرؤية بعد رؤيته ومشاهدة عمله .

والأجير المشترك ضامن الا من أمر غالب لا يستطاع دفعه ولا الاحتراز منه كالسيل والحريق العام والزلزال واللصوص المتغلبين ، وللأجير المشترك الأجرة بتسليم العمل الذى استؤجر عليه الى المستأجر اما بقبضه واما بتخليه ، وما تلف من العمل قبل تسليمه سقط من الأجرة بحصته ، وللأجير خاصا كان أو مشتركا حبس العين حتى يستوفى أجرته وما غرمه الحابس عليها يرجع به على مالكها . واذا تلف المصنوع فى يد الصانع أو المحمول فى يد الحامل قبل التسليم الى صاحبه فضمن قيمته فان أجرته لا تسقط بضمان القيمة ان ضمنه للمالك مصنوعا أو فى محل وصوله ، وللأجير سواء أكان خاصا أم مشتركا أن ينيب غيره ليعمل عمله لعذر أو لغير عذر فيما لا يختلف باختلاف العاملين ، فاذا كان مما يختلف لم تجز الانابة الا أن يؤذن له فى ذلك أو يجرى بذلك العرف ، وحاصل هذه المسألة أن المالك اما أن يأذن للأجير بالأنابة أو يمنعه أو لا يتعرض لذلك فان أذن له فأناب غيره لم يكن متعديا ، وان كان عمل الثانى دون عمل الأول وكان ضمانهما ضمان الأجير المشترك اذا كان الأجير الثانى مشتركا ، وان كان

(١) التاج المذهب جـ٣ ص ٩٨ .

خاصا فلا يضمن فان كان الأجير الأول خاصا والثانى مشتركا ضمن للمالك ، اذ الأول كالوكيل للمالك ، وان منع المالك من الانابة فأناب الأجير غيره كان متعديا بذلك ، ولو كان الثانى أحسن منه عملا ولا أجر لهما ، ويضمنان ضمان الغصب الا أن يكون الثانى جاهلا فله أجر مثله على الأول للتغرير به ، وللمالك مطالبة أيهما شاء بالضمان واستقرار الضمان على الثانى ان جنى أو علم بأنه للغير والا فعلى الأول لأنه قد غرر الثانى ، وان أطلق كان متعديا بالانابة اذا كان عمل الثانى دون الأول ولا أجرة لهما اذا كان الثانى عالما بهذا التعدى ، وان كان مساويا فالمختار أن الأنابة لا تعد اعتداء [١]

مذهب الشيعة الجعفرية :

والأجير : اما خاص واما مشترك ، والخاص هو الذى يستأجر لمدة معينة والمشترك هو الذى يستأجر للعمل مجردا عن المدة والأول لا يجوز له العمل لغير مستأجره فى المدة الا باذنه والثانى يجوز ، والصانع كالقصار والخياط والحائك والطباخ وأشباههم يضمنون ما تلف بفعلهم سواء كانوا فى ملك المستأجر أو ملكهم وسواء أكان المستأجر حاضرا أم غائبا والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه أو يتلف من عثرته والجمال يضمن ما يتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله سواء حصل منهم تعد أم لا وسواء كان صاحب العمل حاضرا أم غائبا وكذلك الأجير الخاص يضمن ما يتلف بفعله سواء أكان عن تفريط أم لا واذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله تخير المالك بين تضمينه اياه معمولا وعليه الأجر له وبين تضمينه اياه قبل عمله ولا أجر له عليه وكذلك لو أتلف الحامل ما يحمله تخير المالك بين تضمينه اياه محمولا فى موضع وصوله وعليه الأجر له وبين تضمينه اياه فى موضع تسلمه منه ولا أجر له : واذا استأجره لعمل فى عين فتلفت فى يد الأجير من غير تفريط لم يضمن سواء أكان الهلاك بما يستطاع دفعه أو بغيره وعليه الأجرة له فيما عمل فيها ان كان العمل فى ملك المستأجر وهو غائب وان كان فى ملكه وهو حاضر قال الشيخ : له الأجرة لأنه سلم العمل حالا فحالا ولو حبس الصانع الثوب حتى يستوفى الأجرة فتلف ضمنه الا أن يجعله المستأجر رهنا ولو دفع الصانع الثوب الى غير مالكه للاشتباه بثوب آخر ضمنه [٢] .

مذهب الأباضية :

الأجير عندهم خاص وهو من يؤجر نفسه مدة معلومة ، ومشترك وهو من يلتزم عملا بذمته ، وقيل : الخاص من عين له العمل وموضعه ، والمشترك من قيل له : اعمل حيث شئت ، وليس على الأجير الخاص ضمان وكذلك قالوا : ليس على المشترك ضمان كراع الا بتفريط وتضييع ، وقيل الراعى ضامن لما يهلك من مرعيه الا ما كان هلاكه بسبب أمر غالب لايستطيع دفعه كسيل

(١) التاج المذهب جـ٣ ص ٩٧ — ١١٠ .

(٢) تحرير الأحكام جـ٢ ص٢٥٣ ، ص٢٥٥ .

وأسد وعدو وقيل : لا يضمن الأجير الذى يعمل بدار مستأجره أو يخدم فيها خدمة مخصوصة أو عملا خاصا أو خدمة عامة أو عملا عاما ، ومثله من استؤجرت قوته كلها فى عمل مخصوص لمدة معينة ويضمن من لم يعمل بدار مستأجره أومحله لأن هذا مشترك اذ الغالب فيه أن يؤجر على عمل فى ذمته لمدة محدودة غير معينة أو على عمل محدود فى نفسه بلا حد زمان ، فلو استؤجر على عمل فى غير الدار أو المحل فى مدة معينة لعمل غير محدود بكمية كان خاصا ، ووجه القول بضمان المشترك دون الخاص : أن المشترك له أن يتأخر بالعمل الى وقت يطمئن فيه قلبه ويسكن فيجيد العمل وانه لعله يجيئه الملل من جهة اشتغال قلبه بعمل الناس لأن له أن يؤجر نفسه بخلاف الخاص فوقته محدود وليس له الا التفرغ للعمل وقد استؤجرت قوته كلها وقيل يضمن الأجير سواء أكان عمله فى الدار أم فى غيرها ان لم يكن سبب التلف أو الهلاك أمرا غالبا ، وفى الديوان : كل من أخذ الأجرة على شىء مما فى يده فهو ضامن له ما خلا الراعى اذا غلب ولكن ان ضيع ضمن وكذا الحارس للمال أو للنفس لا يضمن الا ان ضيع والرقاد تضييع[1] وعلى الأجير الخاص أن يعمل كل وقته المعين له فلا يشغله بغير العمل لمخدومه على حسب العادة والعرف ، وليس له النوم الا فى الوقت المعتاد للنوم والا نقص من أجره بقدر ما نام [2] ، ولمستأجره أجر ما عمل لغيره فى مدة الاجارة ويتخلص من عمله له الأجير بدفع الأجرة للمستأجر الأول لا بدفعها للأجير الا اذا أذنه مستأجره بذلك ،وقيل: ان الأجرة للأجير وليس لمستأجره الا نقص أجرته بقدر ما عمل لغيره لأن أجرته بدل منفعة مملوكة له قام بها وهى مظهر قوته وقوته له واشتغاله لغير مستأجره يعد خيانة تستوجب تضمينه وذلك بنقص أجرته وحط ذلك النقص عن مستأجره [3] ، وللأجير حبس ما بيده من العين التى يعمل فيها حتى يستوفى أجره ولكن ان تلف وضمن ضمن قيمته معمولا وأخذ أجرته ،

وقيل : يضمن قيمته غير معمول ولا أجر له وظاهر عبارة النيل : أن الأجير مطلقا له أن يحبس حتى يستوفى أجرته ، وأن حبس العين يستوجب ضمانها لقولهم : ان للأجير منع ما بيده حتى يأخذ أجرته فان تلف معمولا ضمن قيمته وأخذ أجرته ، وقيل : ضمن قيمته غير معمول ولا أجر له ولا ضمان عليه ان تلف بأمر غالب وله أجره — قال شارح النيل : والظاهر أن الحكم خاص بالأجير المشترك لأنه هو الذى يتصور فيه الحبس ولأنه ضامن لما يهلك تحت يده اذا لم يكن بأمر غالب وحبسه العين للأجر لا يدفع عنه هذا الضمان فكان ضامنا حال الحبس كما كان ضامنا قبله وانما كان له أجره ولا ضمان عليه اذا كان التلف أو الهلاك بغالب لأن الذى حدث مصيبة نزلت بصاحب العين بعد أن استحق الأجير أجره فلا يسقط لأمر نزل بصاحب العين ، وقيل : لا ضمان ولا أجر اذ لم يسلم العمل لصاحبه والأول أصح لأن اتصال العمل بالعين واحداثه فيها يعد

(١) شرح النيل جـ٥ ص١٦٨ .
(٢) المرجع السابق ص ٥١ .
(٣) المرجع السابق ص٦٩ ، ص٧٠ .

تسليما لصاحبها اذ هى فى يد الأجير باذنه فكانت يده كيده [1]

حكم الاجارة غير الصحيحة

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن الخلل اذا أصاب الاجارة فى أركانها أو فى محلها أو انعدم معناها كانت باطلة وان أصاب الخلل وصفها بأن كانت مشروعة بأصلها دون وصفها كانت فاسدة وفيما يلى حكم كل منها عندهم .

اذا كانت الاجارة فاسدة بأن فقدت شرطا من شروط صحتها ولم يصب الخلل أصلها فكانت مشروعة بأصلها لم يترتب على العقد أى أثر فلا يلزم المؤجر بتسليم العين المستأجرة ولا يلزم الأجير بالشروع فى العمل ولا يطالب المستأجر للعين بالأجرة ولو شرط تعجيلها كما لا يطالب الأجير المؤجر بأجره ولو مع شرط التعجيل وذلك كما فى الاجارة مع جهالة مدتها ان كانت المنفعة لا تقدر الا بالمدة أو مع عدم بيان المدة أو مع تأجيل الأجرة الى أجل مجهول أو مع عدم بيان مقدار الأجرة أو مع عدم ذكرها أو مع عدم بيان المنفعة أو على جعل الأجرة جزءا من المال الذى هو محل العمل كأن يستأجر على طحن البر بجزء من دقيقه ففى جميع هذه الصور وأمثالها الاجارة فاسدة ولا يترتب على العقد أى أثر ولكن اذا ترتب عليه استيفاء فعلا وكان ذلك بناء على تسليم المؤجر أو نائبه العين المستأجرة الى المستأجر فى الاجارة على منفعتها وجب على المستأجر بدل انتفاعه تعويضا لصاحب العين والواجب حينئذ هو أجرة المثل وهو الواجب الأصلى لأن المؤجر لم يرض باستيفاء المنافع الا ببدل ولا وجه الى ايجاب المسمى اذا كانت التسمية فاسدة فيجب لذلك أجر المثل وهو القيمة الا أنها مجهولة لا تعرف الا بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فيعدل عنها الى المسمى عند صحة تسميته لأن الرضا قد تم بناء عليه ولذا لا يزاد عليه فى أية حال اذا ما صحت تسميته ولهذا كان الواجب فى الاجارة الفاسدة اذا ماصحت فيها التسمية أجر المثل لا يزاد عن المسمى لأن زيادته على أجر المثل تسقط باتفاق المتعاقدين ويعد اتفاقهما عليه تنازلا عنها ، أما اذا ما فسدت التسمية أو انعدمت فالواجب أجر المثل بالغا ما بلغ وهذا بناء على أن المنافع غير متقومة شرعا عند الحنفية وانما تتقوم بالعقد بتقويم المتعاقدين وهما ما قوماها الا بالقدر المسمى ولو وجبت الزيادة عليه لوجبت تلك الزيادة بلا عقد وذلك بخلاف البيع الفاسد اذ أن المبيع فيه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت لتقوم الأعيان فى ذاتها فوجبت قيمتها وخالف زفر فى قول له فلم يخالف بين الاجارة والبيع وأوجب أجر المثل بالغا ما بلغ والعين أمانة فى يد المستأجر فى هذه الحال لأنه قد قبضها باذن من مالكها ولذا لا يضمن بهلاكها الا ان كان متعديا أو مفرطا وكذلك الحكم فى الأجير الخاص بالنسبة لما يكون تحت يده بمقتضى عمله يعد أمينا فى ذلك كما هو الحكم فى الاجارة الصحيحة وكذلك الحال فى الأجير المشترك يعد ضامنا لما هو مضمون تحت يده فى الاجارة الصحيحة وأمينا فيما ليس بمضمون تحت يده اذ لا يكون الحكم فى

(١) المرجع السابق ص١٨١ وما بعدها .

الاجارة الفاسدة أحسن وضعا منه فى الصحيحة [١] والأصل أن كل ما قبض بجهة التملك تكون اليد عليه يد ضمان وكل ما قبض لا بجهة التملك لم يضمن الا بالتعدى أو بالتفريط [٢] أما الاجارة الباطلة التى فاتها شرط من شروط الانعقاد أو هى ما لم تشرع أصلا فلا حكم لها رأسا ولا يستحسن بالانتفاع بها شىء كاستئجار المجنون دارا لسكناه فيسكنها أو تمكن من سكناها وكالاستئجار على الفرض أو على القتل لأن العقد يعد فى الحال معدوما والمعدوم لا يترتب عليه وجود غير أنه قد جاء فى الدر المختار أن الاجارة الباطلة لا أجر فيها بالاستعمال وقد جاء فى ابن عابدين أن ظاهر هذا الاطلاق يفيد أنه حكم عام فى الموقوف ومال اليتيم ، والمعد للاستغلال ، فى حين أن المعد للاستغلال يجب الأجر فيه اذا لم يستعمل بتأويل عقد أو ملك فى حين أن الاستعمال هنا بتأويل عقد باطل الا ان قيل ان الباطل لا حكم له أصلا فوجوده كالعدم كما فى البدائع [٣] وينبغى وجوبه فى الوقف ومال اليتيم ، وجاء فى كتاب الغصب أن منافع الغصب غير مضمونة الا أن يكون المغصوب وقفا أو مال يتيم أو معدا للاستغلال ، والى ذلك ذهب المتأخرون وعليه الفتوى ، واذا لوحظ الأصل السابق فان يد المستأجر اجارة باطلة تكون يد أمانة على العين المستأجرة لأنها لم تقبض على وجه التملك هذا ويجب فسخ الاجارة الفاسدة على كل من طرفيها لأنها عقد غير مشروع [٤] .

مذهب المالكية :

يرى المالكية أن الاجارة تكون صحيحة اذا ما توافرت شروط صحتها عندهم وهى شروط أوجب الشارع توافرها فيها لكى تفيد حكمها وتكون سببا شرعيا تترتب عليه آثارها وتفسد اذا فقدت شرطا من هذه الشروط وعندئذ لا تكون سببا شرعيا يفيد ملك المنفعة التى هى محلها ولا يفيد ملك بدلها وهو الأجر ومن ثم يكون ما يترتب عليه من الانتفاع انتفاعا بغير حق وبسبب غير مشروع وذلك ما يعده المالكية اعتداء أو من قبيل الاعتداء على ملك الغير وحقوقه ، ذلك لأن الاجارة اذا كان محلها منفعة عين من الأعيان أو شخص من الأشخاص كان الانتفاع المترتب عليها انتفاعا بملك الغير بطريق غير مشروع وان كان محلها منفعة غير متقومة أو منفعة محظورة كان الانتفاع بها انتفاعا غير مأذون فيه من الشارع وكان أخذ المال تعويضا عنه من قبيل أكله بالباطل وكل ذلك محظور غير أن المنفعة اذا كانت جائزة ومتقومة مملوكة استتبع الانتفاع بها تعويض مالكها ووجب على المنتفع أداؤه اليه واذا كانت غير متقومة أو محظورة لم يجب فيها عوض وكان أخذه أكلا له بالباطل وذلك كاستئجار الرياحين لشمها والدنانير للتزين بها والجدر للاستظلال بظلها ولاتجب

---

(١) البدائع جـ٤ ص٢١٨ . والدر المختار جـ٥ ص٤٢ .

(٢) جامع الفصولين جـ٢ ص٥٩ الطبعة الاميرية .

(٣) ابن عابدين جـ٥ ص١٣١ ، ١٤٥ .

(٤) الاشباه والنظائر جـ ٢ ص ٢٢١ .

فيها أجرة ان وقعت [١] وقد جاءفي الحطاب : التعدى هو الانتفاع بملك الغير دون حق فيه والخطأ فيه كالعمد أو هو التصرففيه بغير اذن من مالكه أو ممن يقوم مقامه من ولى أو قاض بدون قصد تملكه ويدخل فيه سائر الأجراء اذا خالفوا وسيان فى التعدى أن تكون يد المتعدىباذن من المالك أم لا كما فى القراض والودائع والاجارات وقد فرق الفقهاء بينه وبين المغتصب من وجوه ، منها : أن الغاصب ضامن للسلعة المغصوبة يوم الغصب لأنه يوموضع يده عليها اعتداء وأن المعتدى انما يضمنها يوم تعدى عليها لا يوم وضع يده عليها وان الغاصب يضمن الفساد القليل اليسير والمتعدى لا يضمن الا الكثير وأن على المعتدى كراء ما تعدى عليه وأجرته بكل حال عند مالك بينا قال فى الغاصب : لا كراء عليه ، وفى كثير من هذه الأصول اختلاف بين أصحابنا معلوم ، ويؤخذ من هذا : أن من تعدى على دابة فركبها مخالفا فعليه أجرتها [٢] ، وأن الفرق بين الغصب والتعدى : أن الغاصب يقصد باستيلائه أن يتملك المغصوب وأن المتعدى لا يقصد الا الانتفاع وقد يكون ذلك بعد صدور اذن من المالك بوضع اليد كما فى العارية والاجارة عند مخالفة المستعير والمستأجر وقد لا يكون ذلك بعد اذن سابق ، والخلاصة : أن عقد الاجارة اذا لم يتوافر فيه شرط من شروط صحته التى أوجبها الشارع فانتفع المستأجر بناء عليه كان انتفاعه بناء على عقد فاسد غير مشروع وكان لذلك اعتداء على منافع العين التى هى ملك لصاحبها وكان على المنتفع أجر مثل العين لمالكها بالغا ما بلغ لأن المنفعة مال عندهم وقد استهلكها المستأجر بغير حق فوجب عليه ضمانها وذلك بأجر مثلها وهذا اذا كانت منفعة متقومة ، أما اذا كانت غير متقومة فلا يعتاض عنها ولا يجب لها عوض ومن ثم لا يجب على المنتفع بها أجر بانتفاعه كما فى استظلاله بجدار بيت أو استضاءته بسراج انسان فى منزله وكذلك اذا كانت المنفعة محظورة كما فى الاستئجار على قتل بغير حق أو اعتداء فارتكب المستأجر ما طلب منه لم يستحق أجرا اذ لا أجر على معصية ترتكب وانما الواجب فيها الحد أو التعزير أما الأجير اذا عمل بناء على عقد فاسد وقام بعمل متقوم ليس بمعصية لمن طلبه منه كان لهكذلك أجرمثله وذلك لتقوم عمله واستفادة المستأجر منه وانتفاء نية التبرع فيه ويجب على عاقديها فسخهالأنهاعقدغير مشروع وما كان غير مشروع يجب تركه ، واذا تجاوز المستأجر المنفعة المستأجر عليها فزاد فيها كأن استأجر دابة لمسافة معينة فزاد عليها أو لحمل ثقل معين فزاد عليه بما يعد مخالفة عرفا فانه بذلك ينتقل من حال الأمان الى حال الضمان فاذا هلكت العين بعد ذلك ضمنها سواء أكان هلاكها بسبب المخالفة أم بغيرها واذا سلمت كان عليه الأجر المسمى مضافا اليه أجر الزيادة وقد اختلف المالكية فى أجر الزيادة أيقدر بأجر مثلها بالغا ما بلغ أم يقدر على أساس الأجر المسمى ؟ قولان لابن القاسم وقال عنه عيسى وكراء المثل أحب الى الا أن ينقص عن الكراء المسمى فعندئذ يؤخذ بالمسمى [٣] .

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٤ ص١٩، ص٢١ .
(٢) الحطاب جـ٥ ص٢٧٤ .
(٣) العقد المنظم للأحكام جـ١ ص٢٧٣ .

مذهب الشافعية :

ولا يختلف مذهب الشافعية عن مذهب المالكية فى أن عقد الاجارة اذا فقد شرطا من شروط صحته التى أوجب الشارع توافرها فيه كان عقدا غير صحيح ولم يكن سببا شرعيا لافادة آثاره وعلى ذلك يكون انتفاع المستأجر بالعين المستأجرة بناء عليه انتفاعا غير مشروع وكان عليه بسبب ذلك أجر مثل انتفاعه للمالك وذلك بناء على أن المنفعة مال وقد استهلكها المستأجر لمصلحته فوجب عليه بدلها وهو أجر المثل بالغا ما بلغ ما لم تكن منفعة غير متقومة أو معصية نهى الشارع عنها كما قدمنا فى بيان مذهب المالكية ويقدر أجر المثل بمراعاة مكان الانتفاع بالعين [1] وتستقر أجرة المثل فى الاجارة الفاسدة بما يستقر به الأجر المسمى فى الاجارة الصحيحة مما ذكرناه فيما سبق ، ولو لم ينتفع المستأجر مع ملاحظة أن تخلية العقار المستأجر ووضعه بين يدى المستأجر فيها وعرضه عليه ، وان امتنع لا يكفى فى وجوب أجرة المثل فى الاجارة الفاسدة بل لابد من القبض الحقيقى [2] ويجب على طرفيها فسخها لأنها عقد غير مشروع .

مذهب الحنابلة :

ولا يختلف مذهب الحنابلة عن مذهب الشافعية فى أن الواجب فى الاجارة غير الصحيحة هو أجر المثل بالغا ما بلغ اذا تسلم المستأجر العين المعقود عليها وبقيت فى يده حتى انقضت مدة الاجارة أو بعضها أو مدة يمكن استيفاء المنفعة المطلوبة فيها أولا فيجب عليه أجر مثل المدة التى ظلت فيها تحت يده سواء انتفع أم لم ينتفع لأن منافعها تلفت تحت يده فوجب عليها بدلها واذا لم تسلم العين لم يلزمه أجرة ولو بدلها المالك لأن المنافع لم تتلف تحت يده والعقد الفاسد لا أثر له بخلاف العقد الصحيح [3] وتكون الاجارة غير صحيحة اذا لم يتوافر فيها شرط من شروط صحتها التى أشير اليها فيما مضى ويجب على طرفيها فسخها لأنها غير مشروعة .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى : «الاجارة الفاسدة ان أدركت فسخت وكذلك ما أدرك منها فان فاتت أو فات شىء منها قضى فيها أو فيما فات منها بأجر المثل لقوله تعالى «والحرمات قصاص » فمن استغل مال غيره بغير حق فهى حرمة انتهكها فعليه أن يقاص بمثله من ماله [4] .

مذهب الزيدية :

يرى الزيدية أن الاجارة غير الصحيحة اما فاسدة وهى ما اختل فيها شرط غير ركن من أركانها والباطلة هى ما اختل ركن من أركانها الأربعة وهى العاقدان والمنفعة المتقومة والأجرة كأن يؤجر مكلف نفسه من مجنون أو تقع الاجارة على منفعة غير متقومة ويشترك النوعان فى الأحكام الآتية (١) أن القاضى لا يجبر الممتنع فيهما لأن العقد لا حكم له فى الزام طرفيه (٢) أن الأجر لا يستحق فيهما بما يستحق به فى الاجارة

---

(١) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٦٤ .
(٢) نهاية المحتاج جـ٥ ص٢٢٣ .
(٣) كشاف القناع جـ٢ ص٣٤١ .
(٤) المحلى جـ٨ ص١٩١ مسألة ١٣٠١ .

الصحيحة (٣) أن الأجر المستحق فيهما هو أجر المثل لا المسمى فاذا كان الفساد أصليا أى فى بداية العقد فأجر المثل هو المستحق وان كان طارئا لزم لما مضى حصته من الأجر المسمى ولما يلى ذلك الأقل من حصته فى المسمى وأجر مثله ولا تستحق الأجرة فيهما الا باستيفاء المنافع لا بالتخلية ويتم ذلك بقبض المنقول والتخلية بالنسبة الى غيره وان لم يحدث انتفاع بالفعل كما يتم ذلك بتسليم العمل تاما فى الأجير المشترك والخاص فمتى تم العمل استحق الأجر وله حبس العين محل عمله حتى يستوفى أجرته ان كانت حالة فان تلفت العين عنده فلا ضمان عليه ولا أجرة له وان كانت مؤجلة فليس له حبسها وان حبسها كانت فى ضمانه [١] ومما يلاحظ فى الاجارة الفاسدة أن مقدمات العمل اذا أتى بها العامل استحق عنها أجر مثلها بخلاف الصحيحة فانه لا يستحق عنها أجرا الا اذا كان ثمة شرط بذلك أو عرف والفرق بينهما أن الأجر فى الصحيحة مقابل بالعمل تاما يقوم به الأجير من العمل تاما ولا غرض له فى مقدماته ، أما الفاسدة فالأجرة فيها تقابل العمل أيا كان[٢]

مذهب الشيعة الجعفرية :

جاء فى تحرير الأحكام أن الاجارة غير الصحيحة يترتب على استيفاء المنفعة فيها أجر المثل سواء أكانت فاسدة أم باطلة بالغا ما بلغ [٣] واذا عرضت العين فيها على المستأجر فامتنع من أخذها مع امكانه ومضت مدة الاستيفاء فلا أجر عليه ولو قبضها

(١) التاج المذهب جـ٣ ص١١٣ .
(٢) التاج المذهب جـ٣ ص١١٥ .
(٣) جـ٢ ص٢٤٤ .

ومضت المدة المشترطة أو مدة يمكن استيفاء العمل فيها احتمل وجوب أجر المثل وعدمه أما لو استوفى المنفعة فانه يلزمه أجر المثل بالغا ما بلغ [٤] .

مذهب الاباضية :

يرى الاباضية ان الاجارة غير الصحيحة تجب فيها أجرة المثل بالعمل أو الانتفاع بالغة ما بلغت لأنها بدل مال استهلك وهو المنفعة اذا لم تكن تلك المنفعة معصية فان كانت معصية لم يجب بفعلها أجر واذا كانت من العبادات التى لا يصح الاستئجار عليها ففعلت لم يجب الأجر أيضا واذا أعطى الأجر فعلا هل يسترد لمن أخذه ؟ رأيان [٥] .

فسخ الاجارة

ليس لأحد العاقدين أن يستقل بفسخ الاجارة لأنه عقد لازم متى كان خاليا من الخيارات ولكن اذا كان فيه خيار شرط أو خيار رؤية أو خيار عيب أو خيار فوات وصف أو غير ذلك من الخيارات كان غير لازم بالنظر الى من له الخيار وكان لمن له الخيار حق فسخه بمقتضى خياره ما دام ثابتا له وعلى ذلك يكون لكل منهما أن ينفرد بفسخه اذا كان الخيار لكل منهما كما يكون لهما فسخه بالاقالة فى حال لزومه وهى عقد يقصد به رفع عقد سابق « راجع مصطلح اقالة » وخلاصة ما سبق أن عقد الاجارة عقد لازم ما دام خاليا من الخيارات لا يملك أحد عاقديه فسخه وانما يجوز فسخه حينئذ بالاقالة فاذا ثبت فيه خيار لأحد عاقديه كان له أن يستقل بفسخه

(٤) جـ٢ ص٢٥٤ .
(٥) شرح النيل جـ٥ ص١٦١ ، ٣٦٠ .

وهذا الحكم لا خلاف فيه بين الفقهاء انما الخلاف بينهم فى ثبوت بعض الخيارات فيه وذلك مايرجع فيه الى مصطلح خيار أو فيما يثبت به خيار الفسخ بسبب طارىء لا يرجع الى عيب لحق محل العقد وانما يرجع الى أمر خارج عنه وذلك ما يرى فى حالتين : الأولى حال غصبه والثانية طروء عذر على المستأجر يقتضى عدم تمكنه من الانتفاع أو على المؤجر تقتضى عدم تمكين المستأجر من الانتفاع .

حال الغصب

مذهب الحنفية :

اذا غصبت العين المستأجرة فحيل بسبب ذلك بين المستأجر والعين فعلى قولين عند الحنفية : قيل لا تنفسخ الاجارة ولكن يحق للمستأجر الفسخ اذا لم يستطع استردادالعين بوسيلة لا تكلفه مالا كالشفاعة والالتجاء الى الحكام ، أما اذا استطاع ذلك فلا يحق له أن يفسخ لأن التقصير من قبله وقيل تنفسخ بالغصب وعلى أية حال فان الأجرة تسقط عن المستأجر مدة غصبها [١] .

مذهب المالكية :

يرى المالكية أن غصب العين المستأجرة أو غصب منفعتها يترتب عليه حق فسخ الأجارة اذا كان الغاصب لا تناله الأحكام كما تفسخ كذلك اذا كان من السلطان أمر يحول دون الانتفاع بها بحيث لا يتمكن المستأجر من الانتفاع ويلزم السلطان أجرتها لربها اذا كان قصده غصب المنفعةفقط دون الذات اذ أن غاصب الذات لا يضمن منفعة المغصوب الا اذا استعمله ولا يضمن منفعة ما عطله ، أما غاصب المنفعة فعليه بدلها مطلقا انتفع أم لا — ومحل فسخ الاجارة بغصب العين المستأجرة أو غصب منفعتها ما اذاشاء ذلك المستأجر ففسخها وله أن يبقى على اجازته ، فان فسخها كان للمالك الأجرة على الغاصب وان أبقاها من غير فسخ صار مستأجرها مع غاصبها بمنزلة المالك اذا زرع الغاصب أو انتفع فعليه الأجر للمستأجر [٢] .

مذهب الشافعية :

يرى الشافعية أن العين المستأجرة اذا غصبها غاصب طيلة مدة الاجارة انفسخت الاجارة وان ارتفع الغصب وبقى من المدة شيء كان الخيار للمستأجر فى الابقاء على العقد وفى فسخه لتفرق الصفقة عليه وله الخيار على الفور فان فسخ فالأمر ظاهر وان لم يفسخ حتى انقضت المدة انفسخت الاجارة فى مدة الغصب ولزمه أجر ما قبل الغصب [٣] .

مذهب الحنابلة :

جاء فى المغنى : اذا غصبت العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ اذ فى الغصب تأخيرحقه فان فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين وان لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ وبين الابقاء على العقد فاذا فسخ فالأمر واضح لم يطالب الا بما يخص مدة انتفاعه من المسمى واذا لم

(١) الدر المختار جـ٥ ص٨ .

(٢) الشرح الكبير والدسوقى عليه جـ٤ ص٣١ .
(٣) نهاية المحتاج جـ٥ ص٣١٩ .

يفسخ كان عليه المسمى للمالك ومطالبة الغاصب بأجر المثل لأن المعقود عليه لم يفت مطلقا بل الى بدل وهو القيمة واذا كانت الاجارة على عمل كخياطة ثوب أو حمل شيء الى موضع معين فغصبت الدابة التى يحمل عليها أو حبس الخياط الذى يخيط لم ينفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب ليقوم بالحمل أو اقامة من يعمل العمل لأن العقد على ما فى الذمة فان تعذر الاتيان بالبدل ثبت الخيار بين الفسخ أو الصبر الى وجود مايتم به العمل المستأجر عليه [١]

مذهب الزيدية :

يرى الزيدية أن غصب العين قبل تسليمها تنفسخ به الاجارة ما لم تسترد العين وتسلم الى المستأجر فى مدتها ، أما غصبها فى أثناء مدة الاجارة فلا تنفسخ به الاجارة وانما يكون للمستأجر حق الفسخ بسبب الغصب فى بقية المدة فان فسخها لم يكن عليه الا أجر ما انتفع وان لم يفسخها كان عليه الأجرة كلها ورجع على الغاصب بأجر مثلها مدة انتفاعه لأن المنافع مضمونة عند الزيدية سواء فى ذلك أن يكون الغاصب قد انتفع أم لم ينتفع [٢]

مذهب الشيعة الجعفرية :

يرى الشيعة الجعفرية أن غصب العين المستأجرة ولو فى أثناء مدة العقد تنفسخ به الاجارة فاذا غصبت فى أثناء المدة لم يكن على المستأجر الا أجر ما انتفع وتنفسخ الاجارة فى باقى المدة [٣] .

مذهب الأباضية :

يرى الأباضية أن غصب العين المستأجرة تنفسخ به الاجارة سواء أحدث قبل ابتدائها أم فى أثنائها فاذا حدث فى أثنائها لم يكن على المستأجر من الأجر الا حصة ما انتفع قبل الغصب وليس عليه من أجر المدة الباقية شيء لانفساخ العقد بالغصب حتى لو استأجر شخص دابة لحمل طعام الى بلد معين فغصبها فى أثناء الطريق غاصب بما عليها ثم سار بحملها الى نفس البلد المعين وفيه أمكن أن تسترد منه لم يكن على المستأجر الا أجر المسافة التى كانت يد المستأجر عليها فيها أى أجر انتفاعه قبل الغصب أما أجر باقى المسافة الى البلد المعين فعلى الغاصب على الرغم من أنه قد وصل بها الى المحل التى استؤجرت لتحمل الطعام اليه [٤] وجاء فى الايضاح : وان أكرى رجل لرجل دارا بكراء معلوم سنة معلومة فنقدها الأجرة ثم انه سكن فيها نصف تلك السنة فأخذت الدار من يده قهرا وظلما ومنع من سكناها حتى انقضت المدة فقد ذهب بعضهم أنه ليس على رب الدار ما ينوب المستأجر من نوازل تنزل به تمنعه من السكنى الا أن يكون أمر عام للناس فله عليه رد ما يخص مدة منعه من الأجر وكانت تلك مصيبة نزلت به أما ان حدث ذلك قبل ابتداء المدة فله استرداد ما نقد لرب الدار [٥]

---

(١) المغنى جـ٦ ص٢٨ ، ٢٩ .
(٢) التاج المذهب جـ٣ ص٧٩ ، ٣٥٦ .

(٣) تحرير الاحكام جـ١ ص٢٤٠ .
(٤) النيل جـ٥ ص١٣٢ .
(٥) الايضاح جـ٣ ص٣٧٥ .

طروء العــذر

مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن الاجارة تفسخ بالأعذار، جاء فى البدائع أن العذر قد يكون فى جانب المستأجر وقد يكون فى جانب المؤجر وقد يكون فى جانب المستأجر (بفتح الجيم) أما ما يكون فى جانب المستأجر فــكأن يفلس فيترك السوق لفلسه أو يريد ســفرا يحول بينه وبين الانتفاع أو ينتقل من حرفة الى أخرى لا يستطيع أن يباشرها فى العين المستأجرة فالمفلس اذا كان لا ينتفع بالحانوت المستأجر يــكون فى ابقاء العقــد من غير استيفاء منفعةمنه اضرار به لم يلتزمه بالعقد فلا يجبر على ذلك وكذلك يرى أن فى ترك السفر مع العزم عليــه ضررا به وفى ابقاء العقد مع ســفره ضرر به أيضا لما فى ذلك من الزامه الأجر من غير اســتيفاء المنفعــة ، وكذلك الحكم فى الانتقال من عمل الى عمل آخر اذ فى منعه من الانتقال ضرر به ، وفى ابقاء العقد كذلك ضرر التــزامه بالأجر من غير استيفاء منفعة وكذلك يعد من الأعذار ما لو ترتب على الابقــاء على العقــد ضرر بماله أو ببدنهثم بدا له أن يفسخالعقدكمالو استأجر رجلا ليهدم داره أو ليقلع ضرسه أو ليحدث له فى ملكه شيئا من بناء أو حفر ثم بدا له ألا يفعل فله فسخ الاجارة لذلك ولا يجبر على شىء من ذلك لمايترتب عليــه من نقص أو اتلاف أو ضرر بماله أو ببدنه فاذا بدا له وعلم ألا مصلحة له فيه فيبقى الفعل ضررا فى نفسه فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ اذ الانسان لا يجبر على الاستئجار لضرر نفسه وعلى ذلك له الفسخ اذا استأجر ما يحمله الى الحج فبدا له ألا يحج ونحــو ذلك ولهــذا قالوا : ان المؤجر لو قال : ان هذا تعلل وهو لا يريد ترك الســفر ولكن يريد فسخ الاجارة قال له الحاكم : انتظره فان خرج فيما اســتؤجر لأجــله أولا فلك الأجر المتفق عليه ولو استأجر أجيرا للحفر فحفر فظهر أن الأرض صلبة أو رخوةبحيث يخاف التلف كان ذلك عذرا يجيز الفسخ ولو استأجر كاتبا ليكتب له كتابا على أن عليــه الحبر والورق كان له الفسخ لما يترتب على ابقاء الاجارة من استهلاك ماله ، وأما الذى يكون فى جانب المؤجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد وفاء له الا من ثمن المســتأجر فاذا كان الدين ثابتا قبل عقد الاجارة أو ثبت بعده بالبينة فللمؤجر الفسخ أما لو كان ثابتا بعد عقد الاجارة بالاقرار فكذلك عند أبى حنيفــة خلافا لهما لاتهامه فى الاقرار به ، ويقول الامام : ان الانسان لا يقر بالدين على نفسه كاذبا وكذا لو اســتأجر شيئا ثم أجره فاطلع على عيب فيه بعــد ذلك كان له حق الفسخ اذ لا يستطيع الرد بالعيب مع بقاء عقــد الاجارة وأما الذى يرجــع الى المستأجر (بفتح الجيم) فكمرض الأجيــر مرضا يناله من العمــل معــه ضرر وكبلوغ الصبى اذا أجره أبوه فله الفسخ ان شــاء وهذا بخلاف اجارة أملاكه فيبلغ فى أثنــاء المدة فليس له الفسخ[1]، وجملةالقول فى ذلك عند الحنفيــة أن الاجارة اذا وقعــت على استهلاك عين بغير عوض كالاستكتاب يقع على استهلاك الورق والحبــر فلا ضير أن يفسخ العقد صونا لماله ويعد ذلك عذرا وهى

---

(١) البدائع جـ٤ ص١٩٧ وما بعدها .

تفسخ بالأعذار اذا تحققت وذلك على احدى روايتين وفى رواية أخرى لا تفسخ بالأعذار ووفق بعض المشايخ بين الروايتين فقالوا ان كانت الاجارة لغرض ولم يبين ذلك الغرض أو كان العذر يمنعه من الجرى على مقتضى العقد شرعا انفسخت الاجارة من غير فسخ كما لو استأجر انسانا لبتر يده لمرض فزال المرض قبل بترها أو لقلع سن فشفى السن أو استأجر دابة لاحضار زائر فحضر قبل سفرها انفسخت الاجارة ذكر ذلك قاضيخان فى فتاويه وكل عذر لا يمنع المضى فى موجب العقد شرعا ولكن ما يلحقه بسببه بعض ضرر كان من آثاره ثبوت حق الفسخ لمن يصيبه الضرر ببقاء العقد واذا تحقق العذر ومست الحاجة الى النقض هل ينفرد صاحب العذر بالفسخ أو يحتاج الى القضاء أو الرضا ، اختلفت الروايات والصحيح أن العذر اذا كان ظاهرا انفرد صاحبه بالفسخ وان كان مشتبها فيه لا ينفرد كذا فى قاضيخان وعلى ذلك قالوا اذا أجر داره ثم أراد فسخ الاجارة لأنه لا يجد ما ينفق منه على نفسه وعياله وأراد بيعها فله ذلك .

مذهب المالكية :

جاء فى البهجة شرح التحفة — كل ما تستوفى به المنفعة لا تنفسخ الاجارة بتلفه أو بوجود عائق كموت المكترى للدابة أو مرضه أو حبسه أوعدم حصوله على رفقة له ونحو ذلك كتلف المتاع المحمول على الدابة أو أخذ اللصوص له وسواء أكان ذلك قبل الخروج أم بعده وكل ما تستوفى منه المنفعة تنفسخ الاجارة بتلفه كموت الدابة المعينة وانهدام الدار المكتراة ونحو ذلك واستثنوا مما سبق من عدم انفساخ الاجارة بتلف ماتستوفى به المنفعة أربع مسائل : (١) متعلم استؤجر على تعليمه مدة (٢) أو رضيع استؤجر على ارضاعه مدة فمات كل منهما قبل تمام مدة الاجارة أو الشروع فيها (٣) أو فرس نزوماتت قبل النزو عليها (٤) أورياضة دابة ماتت قبل ترويضها. ففى هذه المسائل تنفسخ الاجارة كما تنفسخ اذا كانت على قلع سن فسكن ألمها وألحقوا بذلك المؤاجرة على الحصاد فيتلف الزرع وليس لربه غيره وعلى بناء حائط فيمنع من البناء مطر ونحوه وثوب يدفع الى الخياط أو غزل يدفع الى النساج فيتلف كل منهما وليس لربهما غيره والطبيب يستأجر لعلاج فيموت العليل قبل الشروع ، والمؤاجرة على ثقب جوهرة فتنكسر ونحو ذلك والعلة فى هذا كله تعذر الخلف وعليه فالمدار على تعذر خلف المستوفى به والحق ان هناك قولين : مذهب المدونة وهو أن الاجارة لا تنفسخ فى ذلك وعلى المستأجر جميع الكراء وله أن يستعمل العين المستأجرة فى مثل ما استأجرها لأجله وصححه ابن شاس وابن الحاجب ، والقول الآخر أنها تنفسخ وعليه درج بعض الكتب فى مسألة التخلف عن زفاف العروس وشهره فى المقدمات قائلا المشهور انفساخ الاجارة اذا تلف ثوب الخياطة ومراده اذا تعذر الخلف للعمل فيه فهذان قولان شهر كل منهما ولكن محل الخلاف اذا لم يجر العرف بالفسخ عند تعذر المستوفى به أو وجود مانع والا فيعمل بالعرف لأنه كالشرط وكأنه اشترط عليه أن عاقه عائق انفسخ العقد بينهما ويؤيد ذلك قول ابن عرفة لا يدخل الخلاف فى نوازل

وفتنا فى تونس لأن العرف قد تقرر فيها بفسخ الاجارة بكثرة المطر ونزول الخوف ، وهذا كله فى تخلف المكترى للعذر أما لو خالف المكرى فلم يأت بالدابة فليس له الأجر وليس له الا دابته وان كراها أياما فتخلف بعضها فبحسابه كالعبد المستأجر شهرا بعينه يمرض فى بعضه فتنفسخ اجارته أيام مرضه [1] وفى المواق عن مالك اذا استؤجرت دابة فى يوم لزفاف عروس فلم تزف فيه أن عليهم الكراء وجاء فى قول أن الكراء ينفسخ لذهاب اليوم المعين ويرد الكراء ان دفع ولا يستعمل ليوم آخر لأنه فسخ دين فى دين وبالقول الأول أخذ بعض المالكية غير أنه قيده بما اذا كان التأخير اضطرارا والا كان الكراءواجبا [2] ، والظاهر من هذه النصوص أن المذهب فى مسائل العذر الطارىء على القول باعتباره هو أن الاجارة تنفسخ دون احتياج الى فسخها من صاحب العذر وأنه لا عذر للمكرى معتبرا انما المعتبر عذر المكترى وجاء فى العقد المنظم : اذا مرض الأجير فى مدة الاجارة لم تنفسخ الاجارة بمرضه فاذا صح قبل انتهاء المدة لزمه العمل فى باقيها وله من الأجر بقدر عمله الا أن يتفقا على الفسخ [3] وجاء فيه أيضا:اذا انقطع طحن الرحا من فتنة نزلت بالبلد حتى خلا أهله ولم يفشها أحد سقط الكراء عن المكترى فى مدتها وكذلك الفنادق المعدة لنزول الواردين اذا انقطع ورودهم بسبب فتنة فى البلد وكذلك الحال فى الأفران اذا حدث غلاء أو جوع وهرب الناس فلم يكن فى جيرانه من يطبخ فيه أو قل فيه الطبخ فتلك جائحة يحط من الكراء بقدرها اذا علم ذلك قاله الحافظ أبو عمرو وغير واحد من الشيوخ وفى مسائل ابن رشد : اذا قل الواردون للرحا المكتراة لجهد أصاب ذلك المكان وما أشبه ذلك أو قل الواردون لسكنى الفنادق المكتراة المتخذة للنزول فيها من فتنة أو خوف أو ما أشبه ذلك أوحدث ذلك بالنسبة للرحا المكتراة كان المكترى لها مخيرا بين أن يتمسك بكرائه أو يفسخه فان سكت حتى مضت المدة أو بعضها لزمه جميع الكراء ولا يسقط الكراء الا بجلاء أهل ذلك الموضع حتى تبقى الرحا معطلة والفنادق خالية ولا يلزم المكرى اذا قلت الفائدة أن يحط عن المكترى من كرائه ما نقصه بغير رضاه وانما يكون الخيار للمكترى على ما ذكرناه .

مذهب الشافعية :

يرى الشافعية : أن الاجارة لا تنفسخ بالأعذار سواء أكانت عينية أم فى الذمة فلا يفسخها أحد العاقدين بعذر لايوجب خللا فى المعقود عليه كتعذر وقود حمام على من استأجره أو عدم دخول الناس فيه لفتنة أو خراب ما حوله وتعذر سفر فى اجارة دابة للسفر بسبب خوف أو مرض مستأجرها ولكن التعذر الشرعى يوجب الانفساخ كأن استأجر طبيبا لخلع ضرس فبرىء قبل أن يخلعه [4] .

مذهب الحنابلة :

لا يرى الحنابلة أن الاجارة تفسخ بعذر يطرأ على المستأجر انما تفسخ بتلف العين

(١) جـ٢ ص١٩٨ .
(٢) المواق جـ٥ ص٤٣٢ .
(٣) العقد المنظم جـ١ ص ٢٨٣ ، ٢٩٢ .
(٤) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٣١٢ .

سواء أكان ذلك قبل قبضها أو فى أثناء مدة الاجارة أو بأن يحدث فى العين ما يمنع نفعها أو بأن تغصب على ماييناأوبأن يحدث خوف عام يمنع من الانتفاع بها كأن يحضر البلد العدو فيمتنع الخروج منها الى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك ففى مثل ماتقدم تنفسخ الاجارة أويثبت حق الفسخ للمستأجر على حسب اختلاف الأحوال مثل ما لو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها الى مكان معين فينقطع الطريق اليه لخوف حادث أو اكترى للحج فلم يحج الناس هذا العام فانه يكون للمستأجر فسخ العقد ان أحب أو الابقاء عليه الىحين امكان استيفاءالمنفعة ويثبت هذا الحق لكل من المتعاقدين كما يكون الابقاء على العقد باتفاقهما فأما اذا كان الخوف خاصا بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع الذى أراده أو وجودهم فى طريق لم يكن له حق الفسخ لأنه عذر خاص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبه مرضه وكذلك لو حبس المستأجر أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك فسخ الاجارة لذلك لأنعدم الانتفاع فى هذه الحال لمعنى من جهته فلم يمنع ذلك وجوب الأجر عليه كما ترك الانتفاع اختيارا [1]

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى لابن حزم وان اضطر المستأجر الى الرحيل عن البلد أو اضطر المؤاجر الى ذلك فان الاجارة تنفسخ اذا كان فى بقائها ضرر على أحدهما كمرض مانع أو خوف مانع أو غير ذلك لقوله تعالى «وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » وقوله : « ما جعل عليكم فى الدين من حرج [2] » . وهذا قول أبى حنيفة [3] .

مذهب الزيدية :

يرى الزيدية أن فسخ الاجارة بالأعذار جائز غير أنه يجب أن يكون فى مواجهة العاقد الآخر أو يعلمه به بكتاب أو برسول وانماتنفسخ بالعذرالذى يزول معه الغرض من عقدهاسواءأكانمنجهة المستأجر أم من جهة العين المستأجرة مثل أن يستأجر من يقلع له ضرسا فيبرأ ضرسه قبل قلعه فانالاجارة تبطل فى هذه الحال وكذلك لو أفلس المستأجر قبل تسليم الأجرة أو ماطل فى دفع الأجرة الواجبة الأداء وكذلك لو استأجر دابة أو خادما للسفر ثم عرض له عذر يمنعه من السفر لخوف يغلب معه العطب ظنا أو لعذر أو استأجر دارا وعرض له مانع من الاقامة فيها أو حانوتا ليتجر فيه فمنعهافلاس من التجارة أو أضرب عن عمارة الأرض التى استأجرها للبناء عليها أو أضرب عن الزرع وقد استأجر له الأرض سواء أكانالاضراب لعذر أو لغير عذر فهذه الأعذار كلها يزول معها الغرض من عقد الاجارة ولابد فى الفسخبناء عليها من تراضى العاقدين أوحكم القاضى بذلك وانما يعتبر العذر فى حق المستأجر لا فى حق المؤجر كذا فى الزوائد ولايكونالعدول عذرا الا اذاكانعدولا تاما لا مثنوية فيه أى«لارجوعفيه» ومن العذر مرض من لا يقوم برعاية شئونه فى مرضه الا الأجير ومن الأعذار أن يحتاج الى حفظ بيته مرض زوجته وتشييع جنازتها ومن الأعذار

(١) المغني جـ٦ ص٢٩ ، ص٣٠ .

(٢) سورة الحج : ٧٨ .

(٣) جـ٨ ص١٨٧ مسألة ١٢٩٢ .

حاجة المؤجر الى ثمن العين المستأجرة فلو أجر أرضا ثم احتاج الى ثمنها لضرورة نحو دين لزمه ولا مال له سواها وكان من الواجب بيعها فيه عد عذرا ينفسخ به عقد الاجارة ومن الأعذار منع الزوج زوجته من المضى فى اجارتها نفسها فى عمل من الأعمال بل ان من الأعذار عدم الاذن لها ولو لم يمنعها سواء أكانت الاجارة قبل الزواج أم بعده اذا لم يمكنها الاستتابة فيما أجرت نفسها له [1].

مذهب الامامية :

جاء فى تحرير الأحكام : والاجارة عقد لازم لا ينفسخ الا بالتقايل أو بأحد الأسباب الموجبة للفسخ ولا ينفسخ بالعذر فلو اكترى دابة للحج ثم بدا له أو مرض لم يكن له فسخ العقد وكذا لو استأجر حانوتا للتجارة فاحترق وتلف ماله لم يكن له حق الفسخ أو استأجر دارا للسكنى ثم بدا له أن يسافر لم يكن له فسخ الاجارة قبل انقضاء المدة [2].

مذهب الأباضية :

وعند الأباضية [3] أنه يصح فسخ الاجارة من أحد العاقدين بعد نقد الثمن والدخول فى العمل على القول بأنها عقد غير لازم وأنه لا يجوز فسخها بعد الشروع فى العمل على القول بأنها تلزم بالشروع وان الأجير يجبر على المضى فى العمل اذا ما شرع فيه وكذلك يجبر المستأجر على نقد الأجرة اذا ما أمكن اتمام العمل — ولا يجوز فسخ العقد من أحد العاقدين عند من يقول انه يلزم بمجرد تمام الايجاب والقبول ـ والأعذار عندهم قد تتصل بالعمل ذاته كما اذا استأجر دابة لحمل طعام معين الى بلد معين فهلك الطعام أو استأجر أجيرا لرعى غنم فهلكت الغنم فان حصل ذلك قبل الشروع بطل العقد وان حصل فى أثناء المدة فليس لرب الدابة من الكراء الا بقدر ما سارت الدابة بالطعام وليس للراعى الا بقدر ما رعى من السنة قبض الكراء أم لم يقبضه اذ أن هذا طارىء سماوى ولا يكلف رب الطعام أو الغنم أن يأتى بطعام آخر يحمل أو بغنم يرعى فكان ذلك كهلاك العين المستأجرة ــ ومعنى ذلك انفساخ عقد الاجارة ومن الاباضية من يرى أن ذلك اذا حدث بعد قبض الكراء لم يكن على صاحب الدابة ولا على الراعى رد ما يخص باقى الطريق أو بقية المدة من الأجر وكذلك اذا استأجره لردم حفرة فجاء السيل فردمها فى مروره لم يكن للأجير من الكراء الا بقدر ما ردم هو ان كان قد فعل شيئا والا لم يكن له شيء من الأجرة نقدت الأجرة أم لم تنقد وكذلك اذا استأجر دابة لحمل طعام معروف الى بلد معين فغصبها غاصب فى الطريق مع حملها وسار بها الى الموضع المتفق عليه وفيه أخذت منه الدابة لم يكن على رب المتاع من الكراء الا بقدر ما كان من العمل قبل أن تغصب منه الدابة دون ما تم تحت يد الغاصب واذا استأجر أجيرا لحفر بئر بكراء معلوم فتبين بعد ابتداء الحفر أن التربة ألين أو أشق مما كان يعرف عنها فان لرب العمل منعه فى الحال الأولى من تمام العمل حتى يتفقا على الكراء مرة أخرى وان

(١) التاج المذهب جـ٣ ص١١٨ .
(٢) تحرير الأحكام جـ١ ص٢٣١ .
(٣) الايضاح جـ٣ ص٣١١ وما بعدها .

تركه حتى أتم العمل فله كراؤه المسمى كما أن للأجير فى الحال الثانية خيار الفسخ وعندئذ ليس له من الكراء الا بقدر ما عمل .

انتهاء الاجارة

اذا انتهت الاجارةبانتهاء مدتها أو بسبب فسخها بناء على سبب من الأسباب التى يترتب عليها فسخها سواء أكان ذلك لقيام أحد العاقدين بفسخها بناء على ما له من حق الخيار فى ذلك أم كان باتفاقهما عليه فانه يجب رد العين المستأجرة الى مالكها عند طلبها منه ان كانت الاجارة على الأعيان ولا يلزم الأجير بشىء من العمل ان كانت الاجارة على الأعمال وقد بينا فيما مضى أن رد العين المستأجرة الى مالكها غير واجب على المستأجر فلا يطالب بالرد ولا بمؤنته عند الجمهور خلافا لمن ذهب الى غير ذلك كالزيدية وامساك العين قبل طلبها من صاحبها لا يعد اعتداء بل تبقى أمانة حتى يمنعها مستأجرها من صاحبها فيكون حينئذ ضامنا لها اذا هلكت ولا يجوز بعد انفساخ الاجارة أو انتهائها بقاء العين فى يد مستأجرهامنتفعا بها الا لعذر يقتضى بقاءها كما اذا استأجر أرضا لزراعة صنف من الأصناف فانتهت الاجارة وفى الأرض زرع لم يستحصد أو استأجر سفينة لمدة معينة فانتهت المدة والسفينة فى عرض البحر لم تصل الى غرضها أو دابة فانتهت الاجارة والدابة فى صحراء أو فى مكان مخوف ولم تنته الى غايتها ففى هذه الأحوال وأمثالها تبقى العين وجوبا رغم أنف صاحبها بأجر المثل حتى يدرك الزرع أو تبلغ السفينة أو الدابة غايتها وهكذا ذلك ما ذهب اليه الحنفية [1] .

وهذا بخلاف ما اذا انتهت الاجارة بموت المستأجر وفى الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد فان الاجارة حينئذ لاتنفسخ بموته بل يبقى الزرع فى الأرض بالأجر المسمى الى نهاية مدة الاجارة فان استحصد فيها والا ترك فى الأرض بعد ذلك بأجر المثل الى أن يدرك الزرع [2] .

وذهب المالكية والشافعية الى أن اجارة الأرض للزراعة تنتهى بانتهاء مدتها ولكن اذا انتهت المدة وفى الأرض زرع لم يدرك لم يقلع وانما يبقى فيها الى الادراك بأجر المثل مدة بقائه فى الأرض الى أن يدرك وليس لرب الأرض قلعه [3] .

وقال الحنابلة : اذا استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده لم يخل الأمر من حالين احداهما أن يكون ذلك بتفريط من المستأجر مثل أن يزرع زرعا لم تجر العادة بادراكه قبل انقضاء المدة الباقية المسماة فى العقد فحكمه حينئذ حكم زرع الغاصب فاذا انقضت المدة خير المالك بين أن يأخذ الزرع بقيمته أو يتركه فى الأرض بأجر المثل عن المدة الزائدة ولكن اذا اختار المستأجر قطع زرعه فى الحال وتفريغ الأرض فله ذلك لأن الزرع زرعه ، والثانية: أن يكون بقاء الزرع بعد المدة بغير تفريط مثل أن يزرع زرعا يدرك عادة فى المدة الباقية من

(١) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٤٦٠ ، ٤٦٤
(٢) الفتاوى الهندية جـ٤ ص٤٦٤ .
(٣) الشرح الكبير للدردير والدسوقى عليه جـ٤ ص٤٧ وحاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج جـ٥ ص٣١٣ .

مدة الاجارة فيبطىء ادراكه بسبب برد أو غيره ففى هذه الحال يلزم المؤجر أن يتركه الى أن يدرك وله المسمى عن مدة الاجارة وأجر المثل بما زاد عليها ذلك أن الزرع حصل فى أرض غيره باذنه من غير تفريط فلزم تركه بأجر المثل وهذا بخلاف الغرس اذا انقضت مدة الاجارة وهو قائم فانه لا يترك فى الأرض بأجر المثل الا باتفاق المالك والمستأجر [1] .

مذهب الزيدية :

جاء فى شرح الأزهار أنه اذا استأجر أرضا للزراعة فانقضت المدة والزرع لم يدرك أو استأجر سفينة لغاية معينة فانقضت المدة قبو وصولها الى الغاية وكان ذلك بغير تفريط أبقى الزرع فى الأرض والسفينة فى يد المستأجر بأجر المثل الى ادراك الزرع ووصول السفينةالى الغاية أما اذا حدثذلك بتفريط كان للمالك الخيار بين أن يفسخ العقد وأن يعقد اجارة أخرى [2] .

مذهب الشيعة الجعفرية :

جاء فى تحرير الأحكام[3] ولو استأجر أرضا للزراعة فمضت المدة والزرع لم يدرك فان كان بتفريط من المستأجر كما لو زرع ما لا يدرك فى المدة فكالغاصب يتخير المالك بين قطعه وابقائه بالأجرة ولو اختار المستأجر قطع زرعه فى الحال كان له ذلك وليس للمالك أخذه بالقيمة بدون رضا صاحبه وان كان بغير تفريط كأن تأخر ادراكه لبرد أو لقلة ماء أو غير ذلك فيجب على المؤجر تركه بالمسمى عن مدة الاجارة وبأجر المثل فيما زاد عليها .

انفساخ الاجارة

يرى الحنفية أن الاجارة تنفسخ بما يأتى أولا: بوفاة كل من المستأجر والمؤجر فلايحل ورثة كل محل مورثهم فى العقد لأنه التزام ولاالزام بغيرالتزام ولأن المنافع لابقاءلهاحتى تكون متروكة على ملك المتوفى المستأجر فيرثها عن ورثته ولهذا تنتهى الاجارة بوفاته وترد العين الى مالكها الا اذا اقتضى بقاءها عذر كما فى الأرض يكون فيها زرع لم يستحصد هذا بالنسبة الى المستأجر أما بالنسبة الى المؤجر فان العين المستأجرة تنتقل بوفاته الى ورثته وذلك يستلزم انفساخعقد الاجارة لأنه يتجدد كما قدمنا بحسب تجدد المنافع وما يتجدد من المنافع بعد وفاة المؤجر يكون للورثة فلا ينفذ فيه عقده ومحل ذلك كما قدمنا ألا يوجد عذر يستوجب بقاء العين فىيد المستأجر كمااذا توفى المؤجرقبلوصول الدابة المستأجرة براكبها الى الغاية التى استؤجرت لأجلها فان العين تبقى بأجر المثل فى هذه الحالة والمراد بكل من المستأجر والمؤجر من كان العقد له سواء أباشرهبنفسه أم بنائب عنه لا من باشر العقد لغيره فلا تأثير بوفاة كل من وكيل المؤجر ووكيل المستأجر فى عقد الاجارة ولا لوفاة ولى الصغير أو للوصى عليه أو الناظر على الوقف اذا ما باشروا عقد الاجارة بحكم ولايتهم لأنهم لا يتصرفون لأنفسهم واذا توفى المؤجر وقد عجل له المستأجر أجرة المدة التالية لوفاته فان أجرة هذه المدة وقد انفسخت

(١) المغنى جـ٨ ص٦٤ وما بعدها وكشاف القناع جـ٢ ص٣٢٠ .
(٢) جـ٣ ص ٢٧٠ .
(٣) جـ١ ص٢٤٩ .

الاجارة فيها تعتبر دينا فى تركته للمستأجر فتؤدى اليه ويكون المستأجر بالنسبة اليها مقدما على غرمائه الآخرين فى الاستيفاء من ثمن العين المستأجرة اذا بيعت فى الدين ولذا يكون له حبسها لديه حتى يستوفى ما عجله فان لم يوف ثمنها بالأجرة كان المستأجر فيما بقى منها كسائر الغرماء [1] .

مذهب المالكية :

وذهب المالكية : الى أن الاجارة تنفسخ بتلف ماتستوفى منه المنفعة كموت الدابة المعينة وانهدام الدار المستأجرة وموت الأجير خاصا أو مشتركا لا بتلف ما تستوفى به المنفعة وما عقد من أجله العقد فلا تنفسخ بموت المستأجر وانما يحل ورثته محله اذا أرادوا بذلك بشرط أن يلتزموا للمؤجر بما بقى له من أجرة فيجب ذلك فى أموالهم وعندئذ يقومون مقام مورثهم فيمابقى له من المنافع اذا رضى المؤجر بذمتهم فان لم يرض كان له حينئذ أن يفسخ العقد وان أبى الورثة عند وفاة المستأجر أن يلتزموا له بالأجرة وأن يقوموا مقام مورثهم أجرت العين المستأجرة فى المدة الباقية وأعطيت أجرتها للمؤجر حتى يستوفى ما بقى له من أجرة فان بقى له بعد ذلك شىء استوفاه من تركة المستأجر وان فضل منها شىء ضم اليها [2] كما يرون أن وفاة المؤجر لا تأثير لها فى عقد الاجارة بل يحل ورثته محله فى وراثة ماله من الأجرة وفى الزامهم بالعقد .

مذهب الشافعية والحنابلة :

وذهب الشافعية والحنابلة الى أن عقد الاجارة لا ينفسخ بوفاة المستأجر لأنه قد تملك به من المنافع ما يورثه ورثته عند الوفاة فيقوم ورثته مقامه بعد وفاته فى استيفاء ما ورثوه عنه من المنافع واذا لم يكن قد عجل الأجرة فانها تكون دينا فى تركته تؤدى الى المؤجر كما تؤدى غيرها من الديون ومرد ذلك الى أن المنافع عندهم أموال تعد موجودة حكما حين العقد عليها وكذلك لا تنفسخ عندهم بوفاة المؤجر بل يبقى التزامه فى تركته ولا يلزم به ورثته بأشخاصهم فى أموالهم الخاصة بهم التى لم يرثوها عن المؤجر وانما يستمر تنفيذه فى ماله ويرتبون على ذلك أن المستأجر قد ملك جميع هذه المنافع بالعقد وأن العين المستأجرة قد انتقلت بالوفاة الى ورثة المؤجر مسلوبة تلك المنافع لأنها ملكت لغيرهم بعقد الاجارة السابق فيجب عليهم تبعا لذلك أن يسلموا العين الى المستأجر ليستوفى منها منافعه التى تملكها ويجب عليهم ألا يتعرضوا له فيها اذا ماتسلمها حتى يستوفى منها كل ما ملك وهذا اذا كانت العين معينة فى العقد أما اذا لم تكن قد عينت وكانت المنفعة المعقود عليها دينا فى ذمة المؤجر فان الواجب حينئذ أن يستأجر من تركة المؤجر من يقوم بأداء تلك المنفعة المعقود عليها فان لم تكن له تركة خيرت الورثة فان شاءوا وفوا بالمنفعة فاستحقوا بذلك الأجر على المستأجر والا فسخت الاجارة وكذلك الحال بالنسبة لوفاة الأجير اذا كان العقد قد تم على مجرد العمل وتنفيذه بواسطته أو بواسطة غيره ممن يكلفه

(١) الفتاوى الهندية جـ٤ ص٤٦٣ والدر المختار وابن عابدين عليه جـ٥ ص٥٧ وما بعدها .

(٢) العقد المنظم للاحكام جـ١ ص ١٧٩ وما بعدها .

بذلك فعند ذلك يستأجر من تركة الأجير من يقوم بهذا العمل فان لم تكن له تركة خير الوارث كما تقدم بين المضى فى العقد وحينئذ يستحق الأجر ، وبين أن يفسخ العقدأما اذا تعلق العقد بعين الأجيركأنشرط عليه أن يقوم بنفسه بالعمل أو كان ذلك العمل مما يختلف باختلاف من يقوم به وتتفاوت أجرته تبعا لذلك أو كان للأجير ميزة خاصة عرف بها فان الالتزام فى هذه الحال يبطل بالوفاة اتفاقا وترد الأجرة الى التركة ان كانت قد عجلت [١] ولم يخالف المالكية فى شيء من هذا .

مذهب الظاهرية :

جاء فى المحلى : وموت الأجير أو المستأجر أوهلاك العين المستأجرة ينفسخ به عقد الاجارة فان العين المستأجرة تصير الى وارث المؤجر بوفاته وكذلك منافعها تبعا لها وانما استأجر المستأجر منافع هذه العين وهى ملك للمؤجر فلا يستحق بعقد الاجارة ما صار ملكا لورثته ولا يلزم الورثة فى أموالهم عقد ميت قد بطل ملكه بموته ، ولو أنه أجر منافع عين مملوكة لغيره لم يجز ، فكذلك ما صار ملكا لغيره وأما موت المستأجر فالعقد انما كان معه لا مع ورثته فلا حق للمؤجر عند ورثته ولا عقد له معهم، ولاترث الورثة منافع لم تخلق ولم توجدبعد ولم يملكها مورثهم وهذا قول الشعبى والثورى والليث [٢] .

مذهب الزيدية :

يرى الزيدية أن الاجارة لا تنفسخ بموت المؤجر ولا بموت المستأجر ولابموتهما جميعا بل يحل ورثة كل منهما محل مورثه ولكنها تنفسخ بموت الأجير الخاص ولا يحل ورثته محله اذ لا التزام عليهم ولا يجب على الورثة فى الاجارة على الأعمال أن يعملوا واذا أرادوا ذلك ولم يكن مانع كان لهم هذا سواء فى هذا الصحيحة والفاسدة اذا كان مورثهم قد شرع فى العمل فعمل ماله أجرة [٣] .

مذهب الامامية :

جاء فى تحرير الأحكام : اختلف علماؤنا فقال بعضهم ان الاجارة تبطل بموت أحد المؤاجرين سواء أكان الميت هو المؤجر أو المستأجر أو الأجير وقال بعضهم : تبطل بموت المستأجر دون موت المؤجر ، وقال آخرون : لا تبطل بموت أى منهما وهو الأقوى سواء أكان الموت قبل استيفاء المنفعة أم بعد الشروع فيها ، ولكن لو مات المستأجر ولا وارث له يحل محله فىاستيفاء المنفعة أو كان الوارث غائبا كالمستأجر لدابة يموت فى الطريق ولا وارث معه وليس على الدابة ما تحمله احتمل انفساخ العقد لوجود ما يمنع من استيفاء المنفعة ، والأقرب عدم الفسخ ، وأما اذا كان عليها متاع لم تنفسخ الاجارة لوجود سبيل الى الانتفاع بها يحمله الى غايته كما لو كان هناك وارث يستوفى المنفعة [٤] ، أما وفاة الأجير الخاص فينفسخ بها العقد باتفاق .

---

(١) نهاية المحتاج جـ٤ ص٢٢٩ ، ص٢٣٠ والبهجة جـ٢ ص١٧٠ . وكشاف القناع جـ٢ ص٣١٠ . والمغنى جـ٦ ص٤٢ .

(٢) جـ٨ ص١٨٤ مسألة ١٢٩١ .

(٣) التاج المذهب جـ٣ ص١١٩ .

(٤) تحرير الاحكام جـ١ ص٢٤١ .

مذهب الاباضية :

يرى الأباضية أن عقد الاجارة لا ينفسخ بوفاة المؤجر ولا بوفاة المستأجر بل يحل ورثة كل محله ، أما لزوم العقد بعد ذلك وبقاؤه فمرده الى خلافهم فى لزوم العقد هل هو جائز أم لازم ؟ ، واذا كان لازما فمتى يكون ذلك ؟ وقد تقدم بيان هذا فى الكلام على لزوم العقد ، غير أنه اذا استؤجر أجير لعمل معين فقبض أجرته قبل تمام العمل ثم توفى قبل تمامه فورثته بالخيار ان شاءوا أتموا العمل وليس لهم استرداد شىء من الأجر وان شاءوا فسخوا العقد واستردوا أجر ما لم يتم من العمل ذلك لأنهم قائمون مقام مورثهم ولا يجبرون على العمل اذ لم يلتزموه ، وانما لهم الاتمام اذا أرادوا، وهذا اذا لم يكن العمل متعينا على مورثهم لاتقبل فيه انابة ، فان كان كذلك انفسخ العقد بوفاته الا اذا رضى رب العمل بنيابتهم .

واذا مات رب العمل قبل اتمام الأجير العمل فان ورثته يكون لهم الخيار بين الابقاء على العقد وترك الأجير فى عمله الى اتمامه وبين فسخ العقد مع رد أجر ما لم يتم من العمل وهذا على القول بأن عقد الاجارة غير لازم ، أما على القول بلزومه فليس لهم حق فسخه [1]

ثانيا : بتلف العين المستأجرة أو بزوال منفعتها التى استؤجرت من أجلها زوالا كليا اذا كانت معينة وذلك لانعدام محل العقد بذلك ، فاذا استأجر شخص دابة معينة للركوب فنفقت أو استأجر حيوانا للحمل فتقرح ظهره الى درجة لا يستطيع معها الحمل أو أرضا فصارت سبخة أو علت الرمال عليها انفسخت الاجارة سواء أكان ذلك قبل استيفاء المنفعة أم فى أثنائها أما اذا كانت المنفعة باقية على وضع ناقص فان ذلك يكون عيبا يثبت الخيار به للمستأجر، وليس هذا محل خلاف بين المذاهب ، وبناء على ذلك اذا استأجر دارا فانهدمت ـــ ذهب بعض الفقهاء الى أن ذلك لا يذهب بجميع منافعها لامكان الانتفاع بعرصتها فى اقامة مخيم عليه وعلى ذلك لاينفسخ العقد بذلك، وانما يكون للمستأجر الخيار ، وذهب آخرون الى أن مثل هذه المنفعة الباقية لم يقصد اليها المستأجر ، وعلى ذلك تعد منافعها المقصودة للعقد قد زالت فينفسخ العقد [2] وهذا باتفاق بين جميع المذاهب .

ثالثا : غصب العين المستأجرة ـــ ذهب بعض الحنفية الى أن الاجارة تنفسخ به وذهب آخرون منهم الى أنها لا تنفسخ ، ولكن الأجرة تسقط مدة الغصب فقط ويكون للمستأجر بسبب الغصب خيار الفسخ ، وفائدة الخلاف تظهر فيما اذاردت العين قبل انتهاء مدة الاجارة ، فعلى القول الأول لا يلزم المستأجر بأن ينتفع بالعين بقية المدة ، وعلى الثانى يلزم بذلك ، وعليه حصتها من الأجرة الا اذا كان قد اختار

---

(١) الايضاح جـ٣ ص ٣٦٩ ، ٣٧١ .

(٢) تحرير الأحكام جـ٢ ص٢٥٤ ، ٢٥٥ وكشاف القناع جـ٢ ص٣١٠ والدردير جـ٤ ص٣٠ والدر المختار جـ٥ ص٥٣ ، ٥٦ ونهاية المحتاج جـ٥ ص٣١٧ وتحفة المحتاج جـ٣ ص٥١٩ . وتحرير الأحكام جـ١ ص ٢٤٨ والدردير جـ٤ ص٢٠ .

الفسخ عندحدوث الغصب ، وقد تقدم مبينا حكمه فى جميع المذاهب .

رابعا : وجود عــذر من الأعــذار التى لا ترتفع ، كما اذا استأجر طبيبا لخلع سن أو لقطع عضو أو لاجراء عملية فبرىء قبل قيامه بالعمل وزال المقتضى لذلك فان الاجارة تنفسخ اتفاقا بين جميع المذاهب ، ومن ذلك وفاة الرضــيع بالنسبة للظئر وهلاك الغنم المعينة بالنسبة للراعى وتلف الطعام المطلوب حمله بالنسبة للدابة ، ووفاة العروس بالنسبة للطاهى الذى استؤجر للوليمة ، وان شئت قلت فى ذلك فوات محل العمل الذى عقــد لأجله عقد [1] .

خامسا : تملك المستأجر للعين المستأجرة وذلك عند الحنفية خاصة سواء أكان ذلك بميــراث أو بشراء أو بهبــة اذ لا يتملك الانسان ما يملك فعلا ، وذلك بناء على أن منافــع العين فى الاجارة انما تكون لمالك العين ابتداء ، وعنه تنتقل الى المستأجر فاذا كان المستأجر هو المالك فلا يتصور ذلك ، وخالف فى ذلك غيرهم من الفقهاء على مابينا فى حكم تصرف المســتأجر للمؤجر وسبق القول فى ذلك .

(١) كشاف القنــاع جـ٢ ص٣١٠ . والدردير جـ٤ ص٢٧ و ٣٠ وتحرير الاحكام جـ١ ص٢٥٥ والدر المختار جـ٥ ص٥٦ .

إجازة

الاجازة لغة :

فى المصــباح : جاز المــكان يجوزه جوزا وجوازا ســار فيــه وأجازه قطعــه وأجاز الشىء أنفــذه ــ قال ابن فارس وجاز العقد وغيره نفذ ومضى على الصحة وأجزت العقد جعلته جائزا وأجاز له فعل كذا سوغه له وأجاز رأيه أنفذه كجــوزه وأجاز له البيع أمضــاه وأجاز الموضــع خلفه [2] .

الاجازة فى استعمال الفقهاء :

لا تخرج فى استعمال الفقهــاء عن هــذا المعنى العام فيستعملونها فى انفاذ العقــود الموقوفة بمعنى ترتيب أثرها عليها وانفاذها فيقولون أن العقــد الموقوف ينفذ وترتب عليه آثاره باجازته ممن له ولاية انفاذه فعقد الفضولى عند من يراه موقوفا لاتترتب عليه آثاره ولكنه يصير نافذا وتترتب عليه آثاره باجازته من صاحب الشأن وهو المــالك أو الولى عليه أو وكيله مثلا وكذلك تصرف ناقص الأهليــة المتردد بين النفع والضرر يصدر موقوفا ولكنه ينفذ باجازته ممن له الولاية على ناقص الأهليــة وتزويج العبد نفسه موقوف ينفذ باجــازته من ســيده والوصية للوارث أو بأكثر من الثلث موقوفة وتنفذ باجازتها من الورثة وهكذا ، وكذلك يستعملونها بمعنى الامضاء وذلك فى العقود النافذة اذا كان فيها خيار لأحد العــاقدين فيقولون أنها تصير لازمة باجــازتها ممن له

(٢) المصباح المنير والقاموس المحيط مادة : « جوز »

الخيار فى فسخها ويسقط خياره باجازتها أى بامضائها كما فى البيع فيه خيار الرؤية أو خيار الشرط ـ واذا كانت فى الفعل كان معناها الرضا به وبما يترتب عليه من أثر كما فى اجازة الايفاء بالدين يقوم به أجنبى أو تسليم العين الموهوبة يقوم به غير الواهب .

ما تتحقق به الاجازة

تتحقق الاجازة بكل مايفيد الرضا صراحة أو دلالة من قول أو فعل فتكون باللفظوما يقوم مقامه كالكتابة أو الاشارة ممن لايستطيع النطق وسواء أكانت بالعربية أو بأية لغة من اللغات من كل عبارة تدل على الانفاذ والرضا كأجزت ونحوه وهى اما صريحة اذا دلت على ذلك صراحة كأجزت وأنفذت أو غير صريحة اذا ما دلت على ذلك بطريق اللزوم والاشارة كأن يقول نعم ماصنعت أو بارك الله لنا فيما فعلت أو يهنأ فيشكر أو يتقبل التهنئة وذلك ماذهب اليه الفقيه أبو الليث وبه كان يفتى الصدر الشهير مالم يظهر أن مثل ذلك قد صدر منه على سبيل الاستهزاء ومرد ذلك الى القرائن وهذا هو المختار [1] ومن الاجازة بطريق الدلالة أمره فضوليا زوجه امرأة بأن يطلقها عندما علم بالزواج لأن الطلاق لايكون الا فى زواج صحيح نافذ ، وفى جامع الفصولين : الطلاق فى النكاح الموقوف قيل يعد اجازة وقيل لا ..

وتكون بالفعل اذا ما كان أثرا للعقد وتوقفت سلامته عليه كقبض المهر ودفعه وارساله وقبض الثمن ودفعه وتسلم المبيع وتسليم العين المرهونة الى المرتهن وتسليم الهبة الى الموهوب له ونحو ذلك من كل ما يدل على الرضا بخلاف قبض المرأة هدية الزواج اذا زوجها منه فضولى اذ أن ذلك لايعد أثرا للعقد ولا تتوقف سلامته على العقد فقد تكون الهدية من غير الزوج وقد تقبضها لغرض آخر غير الرضا بالعقد [2] وقيل انها تتحقق مبعث الهدية الى الزوجة ولا تختلف المذاهب فى هذا الذى ذكرنا . ولكن الزيدية حين تعرضوا للاجازة الفعلية مثلوا لها بالمثال الآتى فقالوا : لو علمت المرأة بالعقد وما سمى لها فيه فلم يصدر منها لفظ اجازة ولكن مكنت الزوج من نفسها كان تمكينها له كالاجازة للعقد والمهر معا حيث وقع التمكين بالوطء أو بمقدماته بعد العلم بالعقد أو التسمية فأما لو جهلت العقد لم يكن التمكين اجازة وتحد ان مكنته من نفسها لأنها زانية مالم تلحق منها الاجازة بعد أن تعلم فيسقط الحد للشبهة وهو تعذر العقد وأما لو علمت العقد وجهلت التسمية فلا اشكال أن التسمية تبقى موقوفة على اجازتها وقد يبقى العقد موقوفا أيضا فيبطل اذا ردت التسمية ولم ترض بها [3] .

هل يعد السكوت اجازة

ذكرنا أن الاجازة تكون بكل مايفيد الرضا من قول أو فعل فهل تكون أيضا بالسكوت عند العلم بالعقد أو بالتصرف أو عند مشاهدته ؟ .

(١) جامع الفصولين جـ١ ص ٢٢٨ .

(٢) فتح القدير جـ ٣ ص ٤٣١ طبعة بولاق .
(٣) التاج المذهب جـ ٢ ص ٥٥ ، ص ٥٦ .

من القواعد التى ذكرها الفقهاء أنه لاينسب الى ساكت قوله وقد جاء ذكر هذه القاعدة فى كثير من كتب الحنفية ومنها الأشباه والنظائر لابن نجيم اذ جاءت تحت عنوان القاعدة الثانية عشرة ومقتضاها أن السكوت لا يعد اجازة قولية كما أنه لا يعد فعلا من الأفعال وذلك كله لاينفى أنه قد يفيد الرضا وان لم يكن قولا أو فعلا ومن الظاهر أن افادته الرضا مردها الى القرائن التى تحيط به .

وقد جاء فى الاشباه والنظائر : أن الوكالة لاتثبت بالسكوت فاذا رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لم يكن سكوته توكيلا خلافا لابن أبى ليلى وأن السكوت لا يعد اذنا للصبى والمعتوه بالتصرف اذاكان من القاضى وحدث السكوت منه وقت تصرفه وكذلك لايعد سكوت المرتهن اذنا للراهن ببيع العين المرهونة ولا يكون اذنا باتلاف المال اذا ما رأى غيره يتلف ماله فسكت — واذا كانت الاجازة اللاحقة كالاذنالسابق فما لايثبت به الاذن لاتثبت به الاجازة وبناء على ذلك لا يكون السكوت اجازة فيما ذكرنا من المسائل ولا فيما يشبهها ويترتب على ذلك أن السكوت لايعد اجازة كما لا يعد اذنا .

غير أنهم قد استثنوا منهذا المبدأ مسائل عديدة ذكرها صاحب الأشباه والحموى بلغت الأربعة والأربعين مسألة ومن هذه المسائل ماعد السكوت فيه رضا واجازة كسكوت البكر البالغة بعد تزويج وليها اياها وسكوتها بعد قبض وليها مهرها وسكوتها اذا بلغت وقد زوجها غير أبيها وجدها وسكوت الواهب عند قبض الموهوب له العين الموهوبة فى حضرته . وسكوت الموقوف عليه بعد الوقف عليه وسكوت الولى اذا رأى الصبى المميز يبيع ويشترى وسكوت الانسان عند رؤيته غيره يشق زقه الى غير ذلك من المسائل [1] التى ذكرها — وفى جامع الفصولين أن سكوت المالك الحاضر وقت بيع الفضولى لا يعد اجازة وذكر الخير الرملي أن صاحب المحيط ذكر أن سكوته عند البيع وقبض المشترى المبيع يعد رضا واجازة قالصاحبجامع الفصولين أن مرد الحكم فى ذلك الى القرائن اذ العبرة فى الاجازة انما هو تحقق الرضا بالتصرف بأى دليليدل عليه هذا عند الحنفية وتفصيل القول فى ذلك فى جميع المذاهب يرجع فيه الى مصطلح (سكوت) [2] .

الفرق بين الاجازة والاذن

الاجازةكما بينا اما تنفيذلتصرف موقوف ومن ثم يترتب عليها استتباع هذا التصرف لآثاره المترتبة عليه أو امضاء العقد غير اللازم وابرامه ومن ثم يترتب عليه سقوط الحق فى فسخه ممن أجازه كما فى البيع بشرط الخيار يجيزه من شرط له الخيار وكما فى شراء عين قبل رؤيتها يجيزه المشترى بعد رؤيتها وعلى ذلك لا تكون الا تالية للتصرف أما الاذن فيكون سابقا عليه ولذا كان وكالة . أو فى معناها ومن ثم يكون

(١) الاشباه والنظائر الفن الاول ص١٨٤ طبعة اسلامبول .

(٢) ابن عابدين جـ٢ ص٣٨٣ طبعة بولاق ١٣٢٣ .

التصرف الصادر بمقتضاه تصرفا من ذى ولاية بخلاف التصرف الصادر قبل الاجازة فانه يكون من غير ذى ولاية وقد جاء فى حاشية ابن عابدين فى الفرق بينهما أن الاذن انما يكون لما سيقع والاجازة انما تكون لما وقع وان الاذن يكون بمعنى الاجازة اذا حدث بعد التصرف وكان لأمر وقع وعلم به الأذن [1] — ومما يجب ملاحظته أن الاذن أو الوكالة يكون فى كل مايجوز للآذن أو الموكل مباشرته من التصرفات والأفعال عند الحنفية أما الاجازة فلا تكون فى كل تصرف يصدر وانما تختص بالتصرفات الموقوفة بسبب يرجع الى نقص الولاية أو عدمها أو تعلق حق الغير على ما يجىء بيانه كما يلاحظ أن الاذن بالعقد أو بالتصرف يعد توكيلا فيه فيقبل عند الحنفية الرجوع عنه قبل حدوثه من المأذون أما الاجازة فتستتبع أثرها فى المال ومن ثم لا يقبل الرجوع فيها من المجيز اذ بمجرد الاجازة ينفذ العقد واذا نفذ لم يتوقف بعد نفاذه .

أثر الاجازة فى الأقوال والأفعال

بينا أن الاجازة فى العقود النافذة التى من شأنها أو من حكمها أن تكون لازمة وقد عرض لها عدم اللزوم بسبب ثبوت خيار فيها سواء أكان خيار شرط أم خيار رؤية أم خيار عيب أم خيار فوات وصف أو نحو ذلك يكون أثرها امضاء العقد ولزومه وسقوط الخيار بالنسبة لمن صدرت منه الاجازة وهذا الخلاف فيه بين المذاهب أما اذا كانت فى التصرفات الموقوفة فان أثرها يكون نفاذ هذه التصرفات وترتب أثرها عليها وكأنها قد صدرت من ذى الولاية عليها فاذا كان قد باشرها فضولى اعتبرت صادرة من وكيل بمباشرتها واذا صدرت من صبى مميز اعتبرت صادرة من الولى عليه واذا صدرت من المالك ماسة بحق الغير اعتبر المالك مأذونا فيها من صاحب ذلك الحق وهكذا ولهذا قرر الحنفية أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ومعنى ذلك أنها تجعل لمباشر التصرف حكم الوكيل فى مباشرته فيترتب على مباشرته جميع الأحكام التى تترتب على مباشرة الوكيل ويلزم المجيز بما يلزم به الموكل وذلك مع ملاحظة أن ذلك انما يكون فى الاجازة الصحيحة المستوفية لشروطها وعلى ذلك ترجع حقوق العقد الى الفضولى فى العقود التى ترجع فيها حقوق العقد الى الوكيل كالبيع وغيره من المعاوضات ولا ترجع اليه فى العقود التى لاترجع فيها حقوقها الى الوكيل بل يكون فيها سفيرا ومعبرا كالزواج وما ماثله من كل عقد يعتبر فيه الوكيل سفيرا ومعبرا وذلك فى رأى من يرى أن حقوق العقد ترجع الى الوكيل لا الى الموكل كالحنفية وتفصيل ذلك يعرف فى مصطلح « وكالة » وجملة القول فى ذلك أن اجازة العقد الموقوف تصيره نافذا فى جميع المذاهب وذلك مايجعلها فى حكم الاذن السابق أو الوكالة السابقة فيكون لها أحكامها على حسب اختلاف المذاهب فى أحكام الوكالة وهذا اذا كانت الاجازة فى التصرفات القولية أما اذا كانت فى تصرف فعلى فقيل أنها لاتلحق الأفعال وقيل أنها تلحق الأفعال كما تلحق الأقوال وعلى القول الأول لايكون

(١) جامع الفصولين جـ١ ص٢٣١ بولاق .

لها أثر ويكون للفعل حكمه وأثره الشرعى الذى يستوجبه حين يصدر ممن لا ولاية له عليه وعلى القول الثانى يكون لها حكم الاذن السابق به : جاء فى الدر المختار [١] : الاجازة لاتلحق الاتلاف فلوأتلف مال‌غيره تعديا فقال‌المالك‌أجزت أو رضيت لم يبرأ المتلف من‌الضمان ذكره صاحب‌الاشباه نقلا عن البزازية ولكن نقل صاحب التنوير عن العمارية أن الاجازة تلحق الأفعال وهو الصحيح وبناء عليه تلحق الاتلاف لأنه من جملة الأفعال وجاء فى ابن عابدين تعليقا على ذلك أن الملتقط لو تصدق باللقطة ثم جاء ربها فأجازالفعل صحت اجازته وكان‌لها حكم اذنه وذلك مايدل على أنها تلحق الأفعال ثم نقل عن البيرى على الاشباه أن أحد الورثة اذا اتخذ ضيافة من التركة حال غيبة الآخرين ثم قدموا بعد ذلك وأجازوا ثم أرادوا بعد اجازتهم الرجوع فيها وتضمين ذلك الوارث كان لهم ذلك لأن الاتلاف لايتوقف حتى تلحقه الاجازة وذلك‌يدل على أن الاجازة لا تلحق الأفعال . وعلل ذلك بأن الأفعال لاتتوقف حتى تلحقها الاجازة ومعنى ذلك أن الفعل حين يصدر انما يصدر عن ولاية فيكون بحق أو عن غير ولاية فيكون تعديا ولا تغير الاجازة من طبيعته فلا تجعل ما صدر تعديا صادرا عن حق فيه وعلى ذلك فلا تلحق الاجازة الأفعال وذلك ما يخالف الفرع الخاص باجازة صاحب اللقطة تصدق الملتقط بها اذ جعلت اجازته كالاذن فلم يكن له حق المطالبة بالضمان وذلك مايتفق مع القول بصحته — وقد ذكر صاحب الدر فى مسائل شتى من كتاب الخنثى‌أن الاجازة تلحق الأفعال على‌الصحيح فلو غصب انسان عينا لآخر فأجاز المالك أخذه اياها صحت اجازته‌وبرىء الغاصب من الضمان [٢] وفى جامع الفصولين غصب شيئا وقبضه فأجاز المالك قبضه برىء من الضمان ولو أودع مال الغير فأجاز المالك ايداعه برىء من الضمان ثم قال والاجازة لا تلحق الأفعال عند أبى حنيفة وتلحقها عند محمد كما تلحق العقود حتى‌أن‌الغاصب لو رد المغصوب على أجنبى فأجاز المالك برىء الغاصب عند محمد لا عند الامام ولو بعث بدينه على يد رجل الى الدائن فجاء الرجل الى الدائن وأخبره ورضى بذلك وقال له اشتر لى به شيئا ثم هلك المال قيل يهلك من مال المدين وقيل يهلك من مال الدائن وهو الصحيح اذ الرضا بقبضه فى الانتهاء كاذنه بقبضه فى الابتداء وهذا التعليل يدل على أن الاجازة تلحق الأفعال وهو الصحيح [٣] .

وجملة القول أن المسألة خلافية . وعلى القول لصحة الاجازة فى الأفعال يصير الفعل بها وكأنه صدر من فاعله بناء على أنه مأذون به فينسب الى آذنه وتكون القاعدة عامة فى الأقوال والأفعال أما على القول الآخر فانها تكون خاصة بالاجازة فى الأقوال وفى بيان حكم ذلك فى بقية المذاهب يرجع الى مصطلح « تعدى أو اعتداء » .

(١) جـ٥ ص١٣٩ .

(٢) الدر المختار جـ ٥ ص ٥٢٨ طبعة الحلبى .

(٣) جامع الفصولين جـ ١ ص ٢٣٧ .

وبناء على ما تقدم فليس بين الاجازة والاذن فرق من حيث صيرورة الفعل مأذونا به منذ وقع على القول بلحوقها للافعال أما فى الأقوال فانه يلاحظ أن الاذن بالعقد يجعله نافذا مترتبا عليه أثره منذ نشأ على حسب وصفه وصورته منجزا أو مضافا أو معلقا أما الاجازة فيختلف الحكم فيها عن ذلك فقد ذهب الحنفية الى أنها اذا كانت فيما يقبل التعليق ترتب عليه أثره من وقت الاجازة كالطلاق والعتق والكفالة فلا تطلق الزوجة الا من وقت اجازة الطلاق و لايصير الكفيل ملتزما الا من وقت اجازته الكفالةاما اذا كانت فيما لا يقبل التعليق فانها تجعل العقد نافذا منذ صدر وترتب عليه آثاره من ذلك الوقت كالبيع وعلى ذلك اذا أجيز البيع الموقوف نفذ من وقت نشأته وكان للمشترى زوائد البيع وثمراته ومنافعه منذ وقع العقد لا فرق بين ما يحدث قبل الاجازة وما يحدث بعدها .وعللوا ذلك بأن الموقوف كالمعلق على الاجازة فى المعنى وما يقبل التعليق تقتصر آثاره على وقت حدوث الشرط المعلق عليه اذا ما علق . والشرط هنا هو الاجازة وعلى ذلك تقتصر آثار هذا النوع من العقود على وقت الاجازة ــ وهذا فى عقد موقوف يقبل التعليق أما مالا يقبل التعليق من العقود الموقوفة فلا يكون توقفه على الاجازة فى معنى التعليق لأنه لا يقبله ولذا يستند أثره الى وقت انشائه كالبيع [1] ولمعرفة حكم المذاهب فى ذلك يرجع الى العقد الموقوف فى مصطلح « عقد » .

(١) ابن عابدين جـ٢ ص٥٢٩ .

محل الاجازة

تكون الاجازة فى نوعين من العقود والتصرفات :

الاول : العقود والتصرفات الموقوفة على اجازة ذوى الشأن فيها ويمكن اجمالها فى العقود والتصرفات التى تصدر ممن لا ولاية له كالفضولى . والصبى المميز بالنسبة الى ما يتردد بين النفع والضرر والسفيه وكذلك التصرفات التى تصدر فى محل تعلق به حق الغير كبيع المرهون والمستأجر والتبرع فى مرض الموت صريحا أو ضمناكالمحاباةفى المعاوضات وبيع المورث لبعض ورثته والوصية لهم والوصية بأكثر من الثلث وتبرع المحجور عليه للمدين وتبرع من أحاط الدين بماله عند بعض الفقهاء وان لم يحجر عليه وتصرف الرقيق ويضاف الى ذلك تزوجه وتزوج الصبى المميز وغير ذلك من العقود والتصرفات الموقوفة ــ وفى بيان هذه العقود وتفصيل القول فيما يعد من العقود والتصرفات موقوفا أو باطلا أو نافذا فى مختلف المذاهب يرجع الى مصطلح « عقد وتصرف » ــ غير أنه مما يستحسن الاشارة اليه باجمال هنا ان من العقود مايعد فى بعض المذاهب موقوفا وفى بعضها باطلا كعقد الفضولى وتصرفه وعقد الصبى المميز فيما يتردد بين النفع والضرر فذلك يعد موقوفا عند الحنفية اذا كان له مجيز وقت انشائه وحينئذ ينفذ بالاجازة اما عند الشافعية فيعد باطلا لا تلحقه الاجازة . وتبرعات الفضولى تعد باطلة عند الشافعية والمالكية وعلى رواية عند الحنابلة فلا تلحقها الاجازة وتعد موقوفة عند الحنفية فتنفذ بالاجازة ولسنا هنا بصدد بيان الموقوف فى

مختلف المذاهب ولذا نكتفى فيه بهذا القدر ــ وكذلك يلاحظ ان العقد قد يعد موقوفا بالنظر الى شخص فلا ينفذ بالنسبة اليه الا باجازته بينما يعد نافذا لازما بالنظر الى آخر فلا يتوقف ولا يكون بحاجة الى اجازته وذلك كما فى بيع المرهون وبين المستأجر ويرجع الى ذلك فى مصطلح « بيع » وكذلك يلاحظ أن تبرع من احاط الدين بماله محل خلاف بين الفقهاء فى كونه موقوفا على الاجازة عند من يرى وقفه أو غير موقوف عند غيره .

النوع الثانى : العقود والتصرفات اللازمة التى دخلها خيار فصارت به غير لازمة أو روعى أن لزومها يمس حق الغير فجعل له حق فسخها أو طلب فسخها دفعا للضرر عن نفسه وذلك كعقود المعاوضات التى دخلها خيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب أو فوات الوصف مثل البيع والاجارة والصلح ، وكذلك تزويج المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير كفء أو بأقل من مهر مثلها ، فان العقد يكون غير لازم ، اذ لوليها العاصب حق الاعتراض . وطلب الفسخ واجازته فى هذه الحال تسقط حقه فى الاعتراض وتجعل العقد لازما .

تصرفات المكره

من التصرفات التى تلحقها الأجازة فى بعض المذاهب تصرف المكره وان لم يعد موقوفا فيها .

وقد اختلف فقهاء الحنفية فى وصف العقد الصادر من المكره فقال زفر هو عقد موقوف على اجازته منه بعد زوال الاكراه فاذا كان بيعا لايثبت به الملك الا بعد الاجازة أما باقى فقهاء المذهب فقد قالوا هو عقد فاسد يثبت به الملك عند القبض وباجازة المالك بعد زوال الاكراه يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا ، بناء على أن ركن العقد قد صدر من أهله مضافا الى محله والفساد انما كان لفقد شرط هو الرضا وبارتفاع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا ينفذ العقد [1] وفى ذلك يقول السرخسى فى مبسوطه « الاكراه لا يمنع انعقاد أصل البيع فقد وجد مابه ينعقد البيع من الايجاب والقبول من أهله فى محل قابل له ولكن امتنع نفوذه لانعدام تمام الرضا بسبب الاكراه فاذا أجاز البيع غير مكره فقد تم رضاه به ولو أجاز بيعا باشره غيره نفذ باجازته فاذا أجاز بيعا باشره هو كان بالنفاذ أولى وبيع المكره فاسد [2] ويرى الجمهور أنه باطل لا تلحقه اجازة ، ويرجع فى تفصيل أحكام المذاهب فى ذلك الى مصطلح « اكراه »

تصرف الهازل

يجرى على لسان فقهاء الحنفية أن تصرف الهازل باطل الا فيما استثنى بالحديث ونزل فيه الهازل منزلة الجاد لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والوصية وفى رواية العتق .

وفى ذلك يقول الكاسانى فى بيع الهازل « ولا يصح بيع الهازل، لأنه متكلم بكلام البيع لا على ارادة حقيقته فلم يوجد الرضا

---

(١) شرح النهاية . والنهاية وتكملة فتح القدير جـ٧ ص٢٩٢ كتاب الاكراه ومابعدها مطبعة المكتبة التجارية.

(٢) المبسوط للسرخسى جـ ٢٤ ص٩٣ ، ص٩٤ .

بالبيع فلا يصح بخلاف طلاق الهازل فانه واقع لأن الهزل فى باب الطلاق ملحق بالجد شرعا ، قال صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد الطلاق والنكاح والعتاق . فألحق الهازل بالجاد فيه ومثل هذا لم يرد بالبيع ، والهزل يمنع البيع لأنه يعدم الرضا بمباشرة السبب » ولكن جاء فى الحموى على الاشباه أن مراد الفقهاء ببطلانه أنه كالباطل فى الحكم من حيث انه لايفيد ملكا بالقبض ولكن الواقع أنه فاسد بدليل أن فساده يرتفع بعدول الهازل عن هزله وبالعدول يصح العقد وينفذ بلا حاجة الى تجديده وذلك صريح فى أن تصرف الهازل تلحقه اجازة الهازل له وهو جاد فى أجازته فينفذ وان وصف بالبطلان وبالفساد راجع مصطلح « هزل » لبيان أحكام المذاهب فى ذلك .

شروط الاجازة

اذا كانت اجازة لعقد معاوضة اشترط فيها ما يأتى عند الحنفية :

الأول : أن تصدر حال حياة من باشر العقد من غير ولاية اذا كان سينقلب بها وكيلا يرجع اليه حقوق العقد وذلك يكون فى عقود المعاوضات التى يباشرها فضولى مثل البيع والاجارة اذ بالاجازة ينقلب وكيلا وترجع اليه حقوق العقد فاذا باشر فضولى عقدا من هذه العقود ثم توفى قبل اجازته بطل العقد ولم تلحقه اجازة بعد ذلك ممن عقد له العقد وهذا اذا لم ينفذ العقد على الفضولى كما فى الشراء والاستئجار لأنه فى هذه الحال لايتوقف بل ينفذ عليه « راجع مصطلح فضولى » لهذا لزم أن تكون الاجارة حال حياته ليقوم بما التزم به من حقوق نتيجة لعقده أما العقود الأخرى التى يعتبر فيها الوكيل سفيرا ومعبرا فلا ترجع اليه فيها الحقوق ومن ثم اذا باشرها فضولى وانقلب بالاجازة وكيلا كان حكمه حكم الرسول فصار فيها سفيرا ومعبرا وانتهت مهمته فيها بانتهاء عبارته فاذا توفى ثم أجيزت بعد وفاته نفذت ولزمت اذ ليس هناك حق لزمه بعقد وفات بوفاته وبناء على ذلك اذا زوج فضولى امرأة ثم توفى كان للزوجة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته ويصير العقد باجازتها نافذا لازما وكذلك الحكم اذا كان الفضولى قد باشر العقد عن الزوج كان للزوج اجازته بعد وفاة الفضولى .

ويلاحظ اشتراط هذا الشرط فى التصرف الموقوف الصادر من الصبى المميز أو من السفيه أو من الراهن أو من المؤجر أو من المتبرع فى مرض الموت أو من المحجور عليه للمدين ــ فيجب أن تكون اجازته فى حياتهم اذ بوفاتهم قبل اجازته تبطل لعدم تمامه قبل الوفاة أما اجازة الوصية للوارث أو بأكثر من الثلث فلا تصح عند الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض الزيدية الا بعد وفاة المتصرف وهو الموصى وذهب عطاء وربيعة الرأى وحماد وعبد الملك بن يعلى

والأوزاعى وابن أبى ليلى الى صحتها حال حياة الموصى وبعد وفاته وهذا الرأى هو المعتمد عند الزيدية والاباضية وكذلك هو المعتمد عند الشيعة الجعفرية بالنظر الى الوصية بأكثر من الثلث أما الوصية للوارث فنافذة عندهم .

ويرى مالك صحة الاجازة حال حياة الموصى اذا كانت فى أثناء مرضه مرضا مخوفا يغلب فيه الموت وقدمات منه ولم يكن هناك ما يحمل الوارث عليها — وارجع الى تفصيل الأحكام الى مصطلح « وصية » عند الكلام عن اجازتها .

الثانى : أن تصدر الاجازة حال حياة من عقد العقد له فاذا كان بين فضولى وآخر وجب أن تصدر حال حياة من عقد له الفضولى واذا كان بين فضوليين وجب أن تصدر حال حياة من عقد العقد لهما وذلك يظهر معنى نفاذها بمطالبة من نسب اليه العقد بما يوجبه عليه بعد نفاذه بالأجازة وعلى ذلك لا يصح اجازة بيع الفضولى بعد وفاة المشترى منه ولا بعد وفاة البائع باجازته من ورثته اذ يبطل العقد حينئذ بوفاة البائع المالك اذ ليس لورثته حق اجازته كما لا تصح اجازة عقد النكاح بعد وفاة أحد الزوجين وبعد وفاة الموصى له ولا تصح بعد وفاة من باشر العقد مع الصبى المميز أو السفيه لبطلان العقد بوفاته قبل تمامه وارجع فى تفصيل أحكام هذا الموضوع الى العقد الموقوف فى مصطلح « عقد »

الثالث : أن تصدر الاجازة حال بقاء محل العقد حتى يظهر أثرها فيه عند صدورها فلا تصح اجازة البيع بعد هلاك المبيع واذا كان الثمن عرضا أى عينا كان بقاؤه الى صدورها شرطا فى صحتها أيضا لأنه فى هذه الحال يعد مبيعا اشتراه لنفسه فينفذ عليه، والاجازة هنا تعد اجازة بنقد ثمن هذه العين من مال المجيز فاذا لم يصر اليه كان عليه مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا للمجيز [1] .

الرابع : أن يكون المجيز أهلا لمباشرة التصرف الذى أجازه فيجب أن يكون أهلا للتبرع اذا كان التصرف تبرعا وأهلا للمعاوضة اذا كان التصرف بيعا أو اجازة ونحو ذلك اذ أن الاجازة لها حكم الانشاء فيجب فيها من الشروط ما يجب فى الانشاء وعلى ذلك لا تصح اجازة المحجور عليه للدين لتبرع باشره عنه فضولى ولا اجازة صبى مميز أو سفيه لمعاوضة باشرها عنه فضولى ولا اجازته لوصية لوارث أو بأكثر من الثلث — ويرى الحنابلة صحة اجازة المحجور عليه للدين لوصية متوقفة وذلك على القول بأن الاجازة تنفيذ لا على القول بأنها عطية [2] .

الخامس : أن يكون المجيز عالما محل العقد من وجود أو عدم عند أبى يوسف رحمه الله خلافا لمحمد فاذا أجاز المالك وهو غير عالم لقيام محل العقد لم تصح الاجازة عند أبى يوسف وصحت عند محمد رحمه الله [3] .

(١) فتح القدير جـ٥ ص٣١٢ .
(٢) المغنى جـ٦ ص ٤٢٩ .
(٣) الهداية والفتح والعناية جـ٥ ص٣١١ ، ص٣١٢، ص٣١٣ .

إجْبَارٌ

تعريف الاجبار لغة :

الجبار صفة من الاجبار وهو القهر والاكراه — قال ابن الأثير ويقال جبر الخلق وأجبرهم ويقال رجل جبار مسلط قاهرومنه قوله وماأنت عليهم بجبار — وأجبره أكرهه. يقال أجبر القاضى الرجل على الحكم اذا أكرهه عليه . وتميم تقول جبرته على الأمر أجبره جبرا وجبورا . قال الأزهرى وهى لغة معروفة وكان الشافعى يقول جبر السلطان وهو حجازى فصيح فهما لغتان جيدتان وهما جبرته وأجبرته [1] .

الاجبار اصطلاحا :

ليس له تعريف مخصوص فى كتب الفقه ويمكن تعريفه أخذا من استعمالات الفقهاء بأنه حمل الغير من ذى ولاية بطريق الالزام على عمل تحقيقا لحكم الشرع

« الفرق بين الاجبار والاكراه »

من تعريف كل من الاجبار والاكراه فى الاصطلاح يمكن معرفة الفرق بينهما لأن المعنى اللغوى لكل منهما قد يكون متقاربا اذ الاكراه فى اللغة يتضمن القهر [2] .

وفى الاصطلاح :

هو الحمل على الفعل بالابعاد والتهديد مع وجود شرائطه المقررة فى باب الاكراه واذا يكون الفرق بينهما أن الاجبار يكون ممن له ولاية شرعية فى حمل الغير على فعل مشروع أما الاكراه فيكون من ذى قوة على تنفيذ ما توعدبه فى سبيل حمل الغير على فعل أمر غير مشروع على تفصيل موضعه مصطلح اكراه [3] .

ما يرد فيه الاجبار :

يرد الاجبار فى كثير من أبواب الفقه المختلفة . .كالاجبار فى القسمة والاجبار فى حقوق الجوار . والاجبار على كرى النهر والاجبار على الشركة والاجبار فى الشفعة والاجبار على الوفاء بالدين والاجبار على الارضاع والاجبار على النكاح والاجبار على الكلالة والاجبار على تولى القضاء والاجبار على تولى الخصومة والاجبار على رد المغصوب والمستأجر والاجبار على الزكاة والاجبار على عمارة المشترك من دار أو جدار وغير ذلك .

ولما كان بعض الفقهاء قدعبر عن الاجبار بالمعنى المذكور بكلمة «جبر» فانظر أحكامه فى مصطلح «جبر» .

(١) لسان العرب ص١٦ ص١١٤ ، ص ١١٦
(٢) المصباح جـ٣ مادة : جبر

(٣) البدائع جـ ٧ باب الاكراه .

التعريف بالاعلام

يلاحظ أن الأعلام الواردة فى هـذا الجزء روعى فى ترتيبها أول حرف منها دون اعتداد بألفـاظ (أ ب) ، (أ م) ، (ابن) ، (آل) التى للتعريف .

وقد أشرنا بالنسبة للأعلام التى وردت بهذا الجزء وسبق ورودها بالجزء الأول الى موضعها هنـاك .

مقرر اللجنة

محمد سلام مدكور

حرف الهمزة

الآمــــــدى : أنظر حـ ١ ص ٢٤٧

ابراهيم النخعى : أنظر (النخعى) حـ١ ص٢٧٩ ٠

ابى بن كعــب : انظر حـ١ ص٢٤٧ ٠

الأثرم : انظر حـ١ ص٢٤٧ ٠

ابن الاثيــــر : انظر حـ١ ص٢٤٧ ٠

احمد بن حنبــل : أنظر (ابن حنبل) حـ١ ص٢٥٥ ٠

ابن ادريس : فقيه امامى من شيوخه محمد بن محمد بن النعمان الذى تلقى عن شــيخه ابى جعفر الصدوق ، من كتبه « السرائر » فى الفقه ٠

ابن ادريس : زكريا بن ادريس بن عبد الله أبو جرير القمى يروى عن الأئمة الصــادق والكاظم والرضا ، له كتاب رواه عنه أحمد بن محمد بن خالد عن أبيه وروى عنه كثيرون ٠

الأزهــــرى سنة ٣٧٠ هـ : أبو منصور بن أحمد بن طلحة الازهرى بن نوح بن أزهر الهودى اللغــوى صاحب التهذيب فى اللغة شافعى المذهب توفى بمدينة هراه ٠

الأذرعى : انظر حـ١ ص ٢٤٨ ٠

أســامة بن زيد انظر حـ١ ص٢٤٨ ٠

الأســبيجابى سنة ٥٣٥ هـ : على بن محمد بن اسماعيل بن على بن أحمد الأسبيجابى السمرقندى شيخ الاسلام فقيه حنفى تفقه عليه صاحب الهداية (الميرغينانى) ولم يكن بمــا وراء النهــر فى زمانه من يحفظ المذهب ويعرفه مثله ٠ له شرح مختصر الطحاوى ٠

اسحاق بن ابراهيم سنة ٢٧٥ هـ : اسحاق بن ابراهيم بن هانىء النيسابورى أبو يعقوب ٠ خدم الامام أحمــد وذكره أبو بكر الخلال فقال أخا دين وورع ونقل عن الامام أحمــد مسائل كثيرة مات ببغداد ٠

اسماعيل بن سعيد : اسماعيل بن سعيد الشالنجي أبو اسحاق قال عنه أبو بكر الخلال ما احسب أحدا من أصحاب أبي عبد الله روى عنه أحسن مما روى ولا أكثر مسائل منه ، وكان عالما بالرأى وله كتاب ترجمه بالبيان على ترتيب الفقهاء ٠

اشهب : انظر حـ١ ص٢٤٩ ٠

اصبغ : انظر حـ١ ص٢٤٩ ٠

الأصم سنة ٦٣١ هـ : عثمان بن أبى عبد الله بن أحمد أبو عبد الله قاض من فقهاء الاباضية بعمان له تصانيف منها « التاج ٠ البصيرة ٠ النور » ولم يكن بأصم وانما لقب بذلك لقصة ذكرت فى اللباب لابن الأثير حـ١ ص٥٧ ٠

الأصم سنة ٣٤٦ هـ : محمد بن يعقوب بن يوسف بن معقل بن سنان الأموى بالولاء أبو العباس محدث من أهل نيسابور وتوفى بها . أخذ عن رجال الحديث بمكة ومصر ودمشق وغيرها فى رحلة واسعة . وأصيب بالصمم بعد ايابه حدث ستا وسبعين سنة ٠ كان ثقة أمينا ٠

أنس : انظر حـ١ ص٢٤٩ ٠

الأوزاعى : انظر حـ١ ص٢٤٩ ٠

اياس بن معاوية سنة ١٢٢ هـ : اياس بن معاوية بن قرة المزنى أبو واثلة قاضى البصرة يضرب به المثل فى الفطنة والذكاء قال عنه الجاحظ من مفاخر مضر ومن مقدمى القضاة وللمدائنى كتاب سماه ركن اياس توفى بواسط ٠

حرف الباء

الباب الشامى : عمر بن عبد الله بن موسى أبو حفص امام كبير من متقدمى أصحاب الشافعى ومن أئمة أصحاب الوجوه . فقيه جليل ومن كبار المحدثين والرواة واعيان النقلة ٠ نسب الى باب الشام وهى احدى المحال الأربعة المشهورة القديمة بالجانب الغربى من بغداد ٠

الباجى : انظر حـ١ ص٢٥٠ ٠

البجيرمى : انظر حـ١ ص٢٥٠ ٠

انظر حـ١ ص٢٥٠ ٠

البـــدخشى : محمد بن الحسن البدخشى له كتاب مناهج العقول فى الاصـــول شرح به منهاج البيضاوى .

البــــراء : ابو عمارة البراء بن عازب بن الحارث بنعدى بن مجدعة بن حارثة الأنصارى الأوسى . أبوه عازب صحابى . روى للبراء عن النبى صلى الله عليــه وسلم ثلثمائة حديث وخمسة أحاديث اتفق البخــارى ومسلم منهــا على اثنين وعشرين ، وروى عنه بعض من الصحابة وجماعة من التابعين نزل الكوفة وتوفى بها شهد أحدا .

أبو بردة ١٠٣ هـ : عامر بن أبى موسى عبد الله بن قيس الأشعرى قاضى الكوفة .

بسرة «بنت غزوان» القرن الاول : بسرة بنت غزوان المازنى أخت عتبة بن غزوان الصحابى المشهور أمير البصرة جاء فى الحلية بسند صحيح أن أبا هريرة كان يعمل عندها أجيــرا بطعام بطنه على عهد النبى صلى الله عليه وسلم ثم تزوجها بعد ذلك لما كان مروان يستخلفه فى امرة المدينة .

ابن بطـــال سنة ٤٠٤ هـ : سليمان بن محمد بن بطال البطليوسى فقيه باحث تعلم بقرطبة واشـــتهر بكتابه المقنع فى أصول الأحكام الذى قيل فيه أنه لا يستغنى عنه الحكام .

ابن بطـــال سنة ٤٤٩ هـ : على بن خلف بن عبد الملك بن بطال عالم بالحديث من أهل قرطبة له شرح البخارى .

البغـــوى سنة ٥١٠ هـ : الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوى فقيه محدث مفسر ينسب الى بغاه من قرى خراسان وله التهذيب فى فقه الشـافعية وشرح الســنة فى الحديث ومعالم التفسير وتوفى بمرو الروز .

ابن البقـــال سنة ٤٤٠ هـ : انظر ابو طالب « احمد بن عبد الله بن سهل » .

ابو بكر : انظر (ابن العربى) حـ١ ص٢٦٨ .

ابو بكر : انظر حـ١ ص٢٥١ .

ابو بكر سنة ٢٧٥ هـ : احمد بن محمد بن الحجاج بن عبد العزيز ابو بكر المروذى فقيه حنبـــلى من المقدمين من أصحاب أحمد ورعا فاضلا يأنس اليه ابن حنبل ، وهو الذى تولى اغماض ابن حنبل لما مات وغسله . وروى عنه مسائل كثيرة .

أبو بكر القرن الثالث : أحمد بن محمد بن خالد بن شيرزاد أبو بكر المعروف بالنورانى فقيه حنبلى قاضي تكريت حدث عن ابى عمار المروزى ومحمد بن سليمان وغيرهما وكان من الأصحاب .

أبو بكر سنة ٢٧٩ هـ : أحمد بن خيثمة زهير بن حرب بن شداد أبو بكر فقيه حنبلى أخذ علم الحديث عن الامام أحمد ويحيى بن معين . وسمع من منصور بن مسلمة الخزاعى وغيره . وكان ثقة عالما راوية للادب وبصيرا بأيام الناس . روى عنه خلق كثير وله كتاب التاريخ .

أبو بكر سنة ٢٩٣ هـ : أحمد بن محمد بن عبد الله بن صدقة أبو بكر من فقهاء الحنابلة نقل عن الامام مسائل وأشياء كثيرة .

أبو بكر بن حزم سنة ١٢٠ هـ : أبوبكر محمد بن عمرو بن حزم أنصارى مدنى من تابعى التابعين تولى القضاء والامرة والموسم فى زمن سليمان بن عبد الملك وعمر بن عبد العزيز وكان محدثا ثقة توفى بالمدينة .

أبو بكر : أبو بكر عنبر الخراسانى فقيه حنبلى سكن بغداد وحدث عن الامام أحمد باشبانة .

البلقيني سنة ٨٦٨ هـ صالح بن عمر بن رسلان البلقينى شيخ الاسلام قاض من العلماء بالحديث والفقه مصرى تفقه بأخيه عبدالرحمن بالقاهرة وناب عنه فى الحكم ثم تصدر للافتاء والتدريس بعد موته ولى قضاء الديار المصرية وعزل وأعيد ست مرات . وتوفى وهو على القضاء . من كتبه ديوان خطب ست مجلدات . وتتمة التدريب أكمل به كتاب أبيه . وغير ذلك توفى بالقاهرة .

البلقيني سنة ٨٠٥ هـ عمر بن رسلان بن نصير بن صالح الكنانى العسقلانى الاصل ثم البرقينى المصرى الشافعى أبو جعفر مجتهد حافظ للحديث من العلماء بالدين ولد فى بلقينه وتعلم بالقاهرة وولى قضاء الشام وتوفى بالقاهرة من كتبه « التدريب » فى فقه الشافعية ، وتصحيح المنهاج ، وحواش على الروضة وغيرها .

البناني سنة ١١٩٨ هـ : عبد الرحمن بن جاد الله المغربى فقيه أصولى قدم مصر وجاور بالأزهر له حاشية على شرح المحلى فى أصول الفقه جزءان .

البناني سنة ١٢٤٥ هـ : محمد بن محمد بن محمد العربى بن عبد السلام البنانى النفذى المغربى المكى مفتى المالكية بمكة أصله من فاس سكن مكة وتوفى فيها له تصانيف منها شرح البخارى .

ابن بيري ١٠٩٩هـ : ابراهيم بن حسين بن أحمد بن بيرى ، كان فقيها مفتيا بمكة ، له حواش وشروح فى الفقه والحديث ، وله فى الاصول « غاية التحقيق فى عدم جواز التلفيق » فى التقليد وله كتاب فى العمرة وجمرة العقبة .

البيهقي : انظر حـ١ ص٢٥١ .

حرف التاء

التـــــرمذى : انظر حـ١ ص٢٥١ ٠

ابن تيميــــة : انظر حـ١ ص ٢٥١ ٠

ابن تيمـــة « مجد الدين » سنة ٦٥٢ هـ : عبد السلام بن عبدالله بن الخضر بن تيمية الحرانى فقيه حنبلى ٠ محدث مفسر ولد بحران ورحل الى بغداد فأقام ست ســـنين ثم عاد الى حران وتوفى بها وكان وحيد زمانه فى معرفة المذهب الحنبلى وله كتب كثيرة .

حرف الجيم

جـــابر : انظر حـ١ ص٢٥٢ ٠

جعفـــــــر : انظر جـ١ ص٢٦٣ ٠

جعفـــــــر سنة ٦٧٦ هـ : جعفر بن يحيى أبو القاسم الحلى أحد أئمة الفقه الشيعى وله كتاب المعتبر فى شرح المختصر وكتاب نكت النهاية وكتاب المســائل المصرية والمسلك فى أصول الدين والمعارج فى أصول الفقه .

جعفر بن أبى طالب ســـنة ٨ هـ : جعفر بن أبى طالب بن عبد المطلب ، صحابى هاشمى يلقب بالطيار وهو أخو على بن أبى طالب ، وكان أسن منه بعشر سنين وكان من الســـابقين الى الاسلام وهاجر للحبشة فى الهجرة الثانية وحضر واقعة مؤته بالبـــلقاء واستشهد بها ٠

جعفر النســائى القرن الثالث : جعفر بن محمد النسائى الشعرانى ٠ أبو محمد كان عالما رفيع القدر ثقة ورعا قتل بمكة فى شىء من الأمر والنهى من تلامذة الامام أحمد بن حنبل ٠

أبو جعفــــــر سنة ١١٤ هـ : محمد بن على زين العابدين بن الحسين الطالبى الهاشمى القرشى أبو جعفر الباقر خامس الأئمة الاثنا عشر عند الامامية وكان ناسكا عابدا له فى العـــلم وتفسير القرآن آراء وأقوال ولد بالمدينة ودفن بها ٠

جلال الدين السـيوطى : انظر حـ١ ص٢٦٢ ٠

ابن الجنيــــد : انظر حـ١ ص٢٥٣ ٠

حرف الحاء

ابن الحـــاجب : انظر حـ١ ص٢٥٣ ·

ابو الحـــارث
القرن الثالث : أحمد بن محمد أبو الحارث الصائغ كان من أصحاب الامام أحمد وكان الامام يأنس به ويقدمه روى عن الامام مسائل كثيرة ·

ابوالحارثالمروذى
القرن الثالث : أحمد بن محمد بن عبد ربه المروذى من أصحاب الامام أحمد وروى عنه

ابو حـــــازم
سنة ١٣٥ هـ : سلمة بن دينار المدنى الأعرج الزاهد الفقيه وهو مخزومى سمع سهل بن سعد وأكثر الرواية عنه فى الصحيحين وغيرهما وسمع عن سعيد بن المسيب وعطاء وغيرهما ·

ابن أبى حـازم
سنة ١٨٤ هـ : عبد العزيز بن أبى حازم سلمة بن دينار المدنى أبو تمام فقيه محدث قال ابن حنبل لم يكن بالمدينة بعد مالك أفقه من ابن أبى حازم ·

ابن حـــــامد
سنة ٤٠٣ هـ : الحسن بن حامد بن على بن مروان أبو عبد الله البغدادى امام الحنبلية فى زمانه ومدرسهم ومفتيهم له المصنفات فى العلوم المختلفة فله الجامع فى المذهب وله شرح الخرقى وشرح أصول الدين وشرح أصول الفقه توفى بقرب واقصة حين رجوعه من مكة ·

ابن حبيـــــب : انظر حـ١ ص٢٥٣ ·

الحـــــدادى
سنة ٨٠٠ هـ : أبو بكر بن على بن محمد الحداد الزبيدى فقيه حنفى يمانى من اهل العبادية· « قرية فى تهامة » استقر فى زبيد وتوفى بها وله فى مذهب ابى حنيفة مصنفات جليلة منها « السراج الوهاج » فى ثمانى مجلدات فى شرح مختصر القدورى وهو مخطوط وله سراج الظلام مخطوط فى شرح منظومة الهاملى·

حذيفـــــــة : انظر حـ١ ص٢٥٤ ·

حـــــرب
من فقهاء
القرن الثـالث : حرب بن اسماعيل بن خلف الحنظلى الكرمانى أبو محمد ذكره أبو بكر الخلال فقال : رجل جليل أخذ العلم عن أحمد بن حنبل وروى عنه ·

ابن حـــــزم : انظر حـ١ ص٢٥٤ ·

الحســـــن : انظر حـ١ ص٢٥٤ ·

الحسن البصرى : انظر حـ١ ص٢٥٤ .

الحســـــن : الحسن بن محمد بن ابراهيم أبو على المالكى عالم بالقراءات من أهل بغداد له
سنة ٤٣٨ هـ الروضة فى القراءات الاحدى عشرة .

الحســــن : الحسن بن مسعود بن محمد أبو على نور الدين اليوسى فقيه مالكى أديب
سنة ١١٠٢ هـ ينعت بغزال عصره تنقل فى الأمصار فأخذ من علمائها واستقر بفاس مدرسا واشتهر حتى قيل عنه . من فاته الحسن البصرى فليصحب الحسن اليوسى يكفيه من كتبه « قانون أحكام العلم » حاشية على شرح السنوسى فى التوحيد الكوكب الساطع فى شرح جمع الجوامع لم يتمه » وغيرها .

الحســـن : الحسن بن على بن أبى طالب الهاشمى القرشى أبو محمد خامس الخلفـــاء
سنة ٥٠ هـ الراشدين وآخرهم وثانى الأئمة الاثنى عشر عند الامامية ولد فى المدينـة المنورة وأمه فاطمة الزهراء بنت الرسول صلى الله عليه وسلم بايعه أهـــل العراق بالخلافة بعد مقتل أبيه وكادت تقع بين أتباعه وأتباع معاوية حرب لولا أنه حكم عقله وحبه للخير وصالح المسلمين فخلع نفسه من الخلافة وسلم الأمر لمعاوية توفى بالمدينة .

ابوالحسن الرضا : على بن موسى الكاظم بن جعفر الصادق ثامن الأئمة الاثناعشر عندالامامية من
سنة ٢٠٣ هـ أجلاء أهل البيت وفضلائهم ،ولد فى المدينة وكان أسود اللون أمه حبشية وأحبه المأمون العباسى فعهد اليه بالخلافة من بعده وزوجه ابنتــه وضرب اســمه على الدينار والدرهم ، مات فى حياة المأمون بطوس فدفنه الى جانب أبيــه الرشيد .

ابن أبى الحصين : عبد الله بن أبى الحصين الأسدى فارس ممن كان مع على بن أبى طالب فى
سنة ٣٧ هـ حرب صفين قتل فيها .

الحطـــــاب : انظر حـ١ ص٢٥٤ .

ابن الحـــــكم : عبدالوهاب بن الحكم بن نافع أبو الحسن الوراق صحب الامام أحمد وسمع
سنة ٢٥١ هـ منه ومن غيره . كان يسكن الجانب الغربى ببغداد وكان من الصالحين . اختلف فى وفاته فقيل سنة ٢٥٠ ، سنة ٢٥١ وهو أثبت دفن بباب البردان ببغداد .

الحـــــلى : أبو القاسم الحلى جعفر بن يحيى أحد ائمة الفقه الشيعى « انظر جعفر »
سنة ٦٧٦ هـ

الحـــــلوانى : انظر حـ١ ص٢٥٥ .

حمـــــاد : انظر حـ١ ص٢٥٥ .

حمـــزة ابن عبد المطلب سنة ٣ هـ : حمزة بن عبد المطلب بن هاشم يلقب بأسد الرحمن وأسد رسول الله ، وهو عم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخوه من الرضاعة ، وكان أسن منه بسنتين وآخى رسول الله بينه وبين زيد بن حارثة ، أسلم فى السنة الثانية من بعثة الرسول .
واستشهد يوم أحد فى نصف شوال .

حمـــزة سنة ٦١ هـ : حمزة بن عمرو بن عويمر الأسلمى روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تسعة أحاديث ، وروت عنه أم المؤمنين عائشة وعروة وسليمان بن يسار وغيرهم .

ابن حمـــزة سنة ٨٣٤ هـ : جعفر بن محمد بن حمزة شرف الدين داعية اسماعيلى من علمائهم له ، الرسالة الموقظة . مخطوط .

أبو حمـــزة : الحسن بن على أبى حمزة البطائنى من وجوه الواقفة له كتب منها كتاب الفتن وهو كتاب الملاحم روى عنه كثيرون .

الحمـــوى سنة ١٠٩٨ هـ : العلامة السيد أحمد بن محمد الحنفى المعروف بالحموى نسبة الى حماه ، من مؤلفاته حاشيته على الاشباه والنظائر وكتاب كشف الرمز عن خبايا الكنز .

حنبـــل سنة ٢٧٣ هـ : حنبل بن اسحاق بن حنبل ، أبو على الشيبانى ، ابن عم الامام أحمد بن حنبل سمع كثيرين ، منهم أبو نعيم الفضل بن ركين وأحمد بن حنبل وسمع منه المسند ونقل عنه مسائل أجاد فيها الرواية ومات بواسط .

ابو حنيفـــة : انظر حـ١ ص٢٥٥ .

حويصـــة صـحابى : أبو سعيد حويصة بن مسعود بن كعب بن عامر بن عدى الأنصارى الأوسى الحارثى المدنى الصحابى شهد أحدا أو الخندق وسائر المشاهد بعدها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد أسلم على يد أخيه محيصة .

حرف الخاء

الخـــرشى سنة ١١٠١ هـ : محمد بن عبد الله الخراشى المالكى أبو عبدالله أول من تولى مشيخة الأزهر كان فقيها فاضلا ورعا من كتبه الشرح الكبير على متن خليل والشرح الصغير على نفس المتن وهما فى مذهب المالكية وغيرهما أقام وتوفى بالقاهرة .

الخـــرقى : انظر حـ١ ص٢٥٦ .

الخصـــاف : انظر حـ١ ص٢٥٦ .

ابو الخطـــاب : انظر حـ١ ص٢٥٦ ٠

الخطيب الشربينى: انظر حـ١ ص٢٥٦ ٠

خليـــــل : انظر حـ١ ص٢٥٦ ٠

الخيـــر الرملى سنة ١٠٨١ : خير الدين بن احمد بن على الأيوبى العليمى فقيه باحث من أهل الرمـــلة بفلسطين ولد ومات فيها ورحل الى مصر سنة ١٠٠٧ هـ فمكث فى الأزهر ست سنين وعاد الى بلده فأفتى بها ودرس الى أن توفى، .. له الفتـاوى « الخيرية » ومظهر الحقائق حاشية على البحر الرائق ٠

حرف الدال

الدارقطـــــنى : انظر حـ١ ص٢٥٧ ٠

ابن داود القرن الثالث : محمد بن داود بن صبيح أبو جعفر المصيصى كان من خواص الامام أحمـــد ورؤسائهم وله مسائل كثيرة عن الامام ٠

ابو داود : انظر حـ١ ص٢٥٧ ٠

الدباس : محمد بن محمد بن الحسن بن سفيان أبو طاهر الدباس ٠ كان امام أهـــل الرأى بالعراق وكان من أهل السنة والجماعة كان من أقران عبد الله الكرخى كان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات ٠ ولى القضاء بالشام أخرج منها الى مكة فمات بها ٠ ذكر الحموى أن الدباس نسبة الى بيع الدبس المأكول ٠

الدردير : انظر حـ١ ص٢٥٧ ٠

الدســـوقى : انظر حـ١ ص٢٥٧ ٠

حرف الراء

الرافـــعى : انظر حـ١ ص٢٥٨ ٠

ابن راهـــويه سنة ٢٣٨ هـ : اسحاق بن ابراهيم بن مخلد الحنظلى المروزى المعروف بابن راهويه أحـــد أعلام نيسابور نقل عنه أنه أملى أحد عشر ألف حديث من حفظه وكان فقيهـا ومحدثا ٠

ربيعـــة الرأى : انظر حـ١ ص٢٥٨ ٠

الرحمتى سنة ١٢٠٥ هـ : مصطفى بن محمد بن رحمة الله الأيوبى الانصارى فقيه دمشقى من علماء الحنفية مات بجهة السيل أثناء الحج ودفن بمكة من كتبه حاشية على مختصر شرح التنوير للعلائى وحاشية على المنح واختصر شرح الشهاب الخفاجى على الشفا .

ابن رشد : انظر حـ١ ص٢٥٨ .

الرشيدى سنة ١٠٩٦ هـ : إحمد بن عبد الرزاق بن محمد الرشيدى مغربى الأصل مولده ووفاته برشيد بمصر وكان شيخ الشافعية فيها له كتب منها حاشية عى شرح المنهاج للرملى .

الرملى : انظر حـ١ ص٢٥٩ .

الرويانى سنة ٤٥٠ هـ : احمد بن محمد بن احمد الرويانى أبو العباس فقيه شافعى من أهل رويان بنواحى طبرستان له الجرجانيات .

الرويانى سنة ٥٠٥ هـ : شريح بن عبد الكريم بن أحمد الرويانى أبو نصر فقيه شافعى ولى القضاء فى آمل طبرستان ومن كتبه روضة الأحكام وزينة الحكام فى أدب القضاء .

الرويانى سنة ٥٠٢ هـ : عبد الواحد بن اسماعيل بن أحمد أبو المحاسن فخر الاسلام الرويانى فقيه شافعى بنى بآمل طبرستان مدرسة وتنقل فى البلاد ثم عاد الى آمل وقتل بها وبلغ من تمكنه فى الفقه وحفظه له أن قال : لو احترقت كتب الشافعى لأمليتها . له تصانيف منها بحر المذهب من أصول كتب الشافعية وغيره .

حرف الزاى

الزاهدى : انظر حـ١ ص٢٥٩ .

الزركشى : انظر حـ١ ص٢٥٩ .

أبو زكريا : يحيى بن صالح امام من أئمة الاباضية قرأ على عالم فى جربة أسمه الشيخ يوسف بن محمد وذكره صاحب النيل وأثنى عليه فى مقدمة كتابه وعرض عليه الكتاب ملقبا اياه بالاستاذ . اى المعلم الماهر .

الزهرى : انظر حـ١ ص٢٥٩ .

ابن زياد القرن الثالث : ابراهيم بن زياد فقيه حنبلى معاصر للامام أحمد ونقل عنه بعض المسائل .

زيد بن حارثة : هو أبو أسامة زيد بن حالثة بن شراحيل صحابى هاشمى بالولاء وهو أشهر موالى النبى صلى الله عليه وسلم . قيل أنه أول من أسلم . وقد هاجر مع النبى وشهد المشاهد المشهورة . وقد زوجه النبى مولاته أم أيمن فولدت له أسامة وتزوج زينب قبل النبى فى القصة المشهورة .

زيد بن على : انظر حـ١ ص٢٦٠ .

الزيلعى : انظر حـ١ ص٢٦٠ .

حرف السين

سالم سنة ١٠٦، ١٠٨ هـ : سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب أحد فقهاء المدينة من سادات التابعين وعلمائهم وثقاتهم روى عن أبيه وغيره وروى عنه الزهرى ونافع .

السبكى : انظر حـ١ ص٢٦٠ .

سحنون : انظر حـ١ ص٢٦١ .

السرخسى : انظر حـ١ ص ٢٦١ .

سعد بن أبى وقاص سنة ٥٥ هـ : سعد بن مالك بن أهيب أحد العشرة المبشرين بالجنة روى عن النبى صلى الله عليه وسلم كثيرا وروت عنه عائشة وابن عباس وابن عمر .

أبو سعيد : انظر حـ١ ص٢٦١ .

سعيد بن المسيب : انظر حـ١ ص٢٦١ .

سفيان الثورى : انظر (الثورى) حـ١ ص٢٥٢ .

السكونى : اسماعيل بن مسلم أبى زياد السكونى الشعيرى ؛ قاضى الموصل روى عن الصادق ، مختلف فى مذهبه فذهب جماعة الى كونه من الامامية ونقل عن الامامية الاجماع على العمل بروايته .

السكونى : عبد الله بن عجلان السكونى محدث عن أبى جعفر الصدوق وجاء فى المستدرك ان الصدوق من رواة الأحاديث المرسلة عنه لأنه لم يذكر طريقه اليه فى المشيخة .

سلمان بن عامر صحابي : سلمان بن عامر بن أوس بن حجر بن عمرو بن الحارث صحابي نزل البصرة . روى عنه محمد وحفصة ولدا سيرين وغيرهما ، وروى له البخاري حديثا واحدا .

ابن سلمون سنة ٧٤١ هـ : عبد الله بن علي بن عبد الله بن علي بن سلمون الكناني ؛ أبو محمد ولد بغرناطة وتوفى في رقعة طريف من كتبه الشافي في تحرير ماوقع من الخلاف بين التبصرة والكافي في فروع المالكية .

سهيل سنة ١٨ هـ : سهيل بن عمرو بن عبد شمس القرشي خطيب قريش وأحد سادتها في الجاهلية أسره المسلمون يوم بدر حتى أسلم بمكة يوم الفتح وسكنها ثم سكن المدينة وهو الذى تولى أمر الصلح بالحديبية مات بالشام .

سودة بنت زمعة سنة ٥٤ هـ : سودة بنت زمعة بنت قيس بن عبد شمس احدى زوجات النبي تزوجها النبي بعد وفاة زوجها السكران وبعد وفاة خديجة وتوفيت بالمدينة .

السيوطي : انظر حـ١ ص٢٦٢ .

حرف الشين

ابن شاس سنة ٦١٦ هـ : عبد الله بن محمد بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المصري جلال الدين أبو محمد شيخ المالكية في عصره بمصر . من أهل دمياط مات فيها مجاهدا . من كتبه : الجواهر اليمنية في فقه المالكية .

الشافعي : انظر حـ١ ص٢٦٢ .

الشبراملسي : انظر حـ١ ص٢٦٢ .

شرف الدين ابن اسماعيل سنة ١٢٢٣ هـ شرف الدين بن اسماعيل بن محمد الحسيني اليمني زيدى من أهل صنعاء له رسائل واسئلة وأجوبة في مجلد ضخم .

الشرنبلالي : انظر حـ١ ص٢٦٣ .

الشرواني سنة ١٢٠٠ هـ : علي بن محمد علي الزهري الشرواني المدني رئيس علماء الحنفية في عصره بالمدينة له حاشية على ديباجة الدرر وهوامش على المختصر .

الشرواني سنة ١١٣٤ هـ : يوسف بن ابراهيم بن محمد أكمل الدين الزهري الشرواني فقيه حنفي ولد بشروان واشتهر وتوفى بالمدينة له كتب في الفقه منها هدية الصحيح شرح مشكاة المصابيح وشرح ملتقى الأبحر .

شريح : انظر حـ١ ص٢٦٣ .

الشعبى : انظر حـ١ ص٢٦٣ ·

الشلبى : انظر حـ١ ص٢٦٣ ·

ابن شمر : عمرو بن شمر بن يزيد أبو عبد الله الجعفى الكوفى ، من أصحاب الباقر والصادق ؛ له كتاب رواه عنه ابراهيم بن سليمان الخزاز وروى عنه النضر بن سويد وغيرهما ·

الشوكانى : انظر حـ١ ص٢٦٣ ·

حرف الصاد

الصاوى : انظر حـ١ ص٢٦٤ ·

ابن الصباغ سنة ٤٧٧ هـ : أبو نصر بن الصباغ الفقيه عبد السيد بن محمد البغدادى الشافعى أحد الأئمة ومؤلف الشامل كان نظيرا لأبى اسحاق وكان حجة ولى القطامية توفى ببغداد ·

الصدوق سنة ٣٨١ هـ : محمد بن على بن الحسين بن بابويه القمى أبو جعفر من كبار المحدثين والفقهاء عند الشيعة الامامية نشأ فى قم وتعلم بها وقد نبغ وأحصى له أكثر من مائتى مؤلف مابين مطبوع ومخطوط ومن كتبه من لايحضره الفقيه توفى بالرى ودفن بها ·

الصفار سنة ٢٦٥ هـ : يعقوب بن الليث الصفار أبو يوسف من أبطال العالم وأحد الأمراء الدهاة الكبار · تزهد وغلب على سجستان وامتلك كرمان وشيراز واستولى على فارس توفى بجنديسابور ·

ابن الصلاح : انظر حـ١ ص٢٦٤ ·

حرف الطاء

أبو طالب : انظر حـ١ ص٢٦٤ ·

أبو طالب سنة ٢٤٤ هـ : أحمد بن حميد أبو طالب المشكانى المتخصص بصحبة الامام احمد بن حنبل وقد روى عنه مسائل كثيرة وكان احمد يكرمه ويعظمه. وقد صحب الامام الى أن مات وكان صالحا تعلم من أمامه مذهب القنوع والاحتراف ·

أبو طالب سنة ٤٤٠ هـ : أحمد بن عبد الله بن سهل أبو طالب المعروف بابن البقال صاحب الفتيا والنظر سمع أبا العباس الهاشمى وأبا بكر بن شاذان ودرس الفقه على أبى عبد الله بن حامد وكانت له حلقة بجامع المنصور · توفى فى شهر ربيع الاول ودفن فى مقبرة الامام أحمد ·

أبو طالب سنة ٢٤٤ هـ : عصمة بن أبى عصمة أبو طالب العكبرى فقيه حنبلى روى عن الامام أحمد أشياء وصحبه الى أن مات · وكان صالحا روى عن الامام مسائل كثيرة كما ذكر ابن الخلال ·

طاووس اليمانى سنة ١٠٦ هـ : أبو عبد الرحمن طاووس بن كيسان اليمانى الحميرى مولاهم وقيل الهمدانى مولاهم . من كبار التابعين والعلماء سمع ابن عباس وابن عمر وجابرا وغيرهم وروى عنه خلائق من التابعين واتفقوا على فضيلته ووفور علمه وحفظه وتثبته توفى بمكة ٠

الطحاوى : انظر حـ١ ص٢٦٥ ٠

الطحطاوى : انظر حـ١ ص٢٦٥ ٠

الطوسى : انظر حـ١ ص٢٦٥ ٠

حرف العين

عائشة : انظر حـ١ ص٢٦٥ ٠

ابن عابدين : انظر حـ١ ص٢٦٥ ٠

عبادة بن الصامت سنة ٣٤ هـ : عبادة بن الصامت بن قيس الانصارى الخزرجى أبو الوليد ؛ صحابى من الموصوفين بالورع ٠ شهد العقبة ، وكان أحد النقباء وشهد بدراً وسائر المواقع ، وحضر فتح مصر ، مات بفلسطين ، وكان من سادات الصحابة ٠

ابن عباس : أنظر « عبد الله » حـ١ ص٢٦٧ .

أبو العباس : انظر حـ١ ص٢٦٦ ٠

عبد الرحمن : انظر (ابن القاسم) حـ١ ص٢٧١ ٠

عبد الرحمن ابن سهل صحابى : عبد الرحمن بن سهل بن زيد الأنصارى الحارثى المدنى شهد أحدا والخندق وما بعدها من المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد استعمله عمر ابن الخطاب على البصرة بعد موت عتبة بن غزوان ٠

عبد الرزاق سنة ٢١١ هـ : عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميرى بالولاء من حفاظ الحديث الثقاة من أهل صنعاء له كتاب الجامع الكبير فى الحديث وله كتاب فى تفسير القرآن روى عنه أئمة الاسلام منهم سفيان بن عيينه وكان من شيوخه ــ وأحمد ابن حنبل ويحيى بن معين وغيرهم وتوفى باليمن ٠

عبد بن زمعة صحابى : عبد بن زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبدود وينتهى نسبه الى عامر بن لؤى القرشى العامرى أخو سودة أم المؤمنين ثبت خبره فى الصحيحين فى مخاصمة سعد بن أبى وقاص فى ابن وليدة زمعة أسلم يوم الفتح وكان من سادات الصحابة ٠

ابن عبد السلام : انظر حـ١ ص٢٦٦ ·

أبو عبد اللـه : انظر حـ١ ص٢٦٣ ·

أبو عبد الله : ابن خواز منداد البصرى أبو بكر المالكى فقيه أصولى نقل عنه ابن القيم فى كتابه اعلام الموقعين وغيره ·

عبد الله بن سهل : عبد الله بن سهل بن زيد الأنصارى الحارثى المدنى الصحابى الذى قتله
سنة ٧ هـ
اليهود بخيبر وكان خرج الى خيبر بعد فتحها مع أصحاب له يمتارون تمرا فوجد قتيلا بها رضى الله عنه ·

ابو عبيد : أبو عبيد بن حربويه على بن الحسين بن حرب بن عيسى البغدادى الشافعى
سنة ٣١٩ هـ
وهو من أئمة أصحاب الشافعى وأصحاب الوجوه قاضى مصر وهو من تلامذة ابى ثور وداوود الظاهرى توفى ببغداد وصلى عليه أبو سعيد الاصطخرى ·

ابو عبيد : أبو عبيد بن سلام البغدادى وهو معدود فيمن أخذ الفقه عن الشافعى وكان
سنة ٢٢٤ هـ
اماما فى علوم كثيرة منها القراءات والحديث والتفسير والفقه واللغة أقام ببغداد وولى قضاء طرسوس ثم سكن مكة حتى مات بها وقد صنف كثيرا من الكتب فى كل فن ·

ابن عتبة : عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود أبو عبد الله مفتى المدينة واحد
سنة ٩٨ هـ
الفقهاء السبعة فيها من أعلام التابعين · قال ابن سعد كان ثقة عالما فقيها كثير الحديث والعلم بالشعر وقد ذهب بصره ومات بالمدينة ·

عتبة
ابن ابى وقاص : عتبة بن أبى وقاص بن وهب ويقال أهيب بن زهرة القرشى الزهرى أخو سعد واختلف فى أنه من الصحابة مات مقتولا بالمدينة وقيل فى غزوة أحد بعد أن كسرت رباعية الرسول ·

عثمان : انظر حـ١ ص٢٦٨ ·

عثمان
ابن أبى العاص : انظر حـ١ ص٢٦٨ ·

ابن عرفة : انظر حـ١ ص٢٦٨ ·

عزمى زادة : مصطفى بن محمد المعروف بعزمى زاده قاض تركى مستعرب من فقهاء
سنة ١٠٤٠ هـ
الحنفية ولى قضاء الشام سنة ١٠١١ هـ وقضاء مصر سنة ١٠١٣ هـ ثم ولى القضاء باستامبول ومن كتبه العربية نتائج الأفكار حاشية على شرح المنار فى أصول الفقه ، وحاشية على درر الحكام فى الفقه ·

عطاء : عطاء بن أبى اسلم بن صفوان تابعى من أجلاء الفقهاء ولد فى جند باليمن ونشأ
سنة ١١٤ هـ
بمكة وتوفى فيها وكان مفتى أهلها ومحدثهم ·

عطـــــــاء : عطاء بن أبى رباح المكى القرشى مولى أبى خيثم وهو من كبار التابعين ولد
سنة ١١٥ هـ في خلافة عثمان ونشأ بمكة وسمع العبادلة الأربعة وغيرهم من الصــحابة وروى عنه جماعات من التابعين كالزهرى وقتادة وهو من مفتى أهــل مكة ومشاهيرهم وهو أحد شيوخ الشافعيين فى سلسلة الفقه .

عطاء الخراساني : أبو أيوب بن أبى مسلم الخراسانى البلخى ، من التابعين ســكن الشــام
سنة ١٣٥ هـ وروى عن معاذ بن جبل وكعب بن عجرة وابن عباس وسمع ابن المسيب وروى عنه عطاء بن أبى رباح توفى بأريحياء ودفن ببيت المقدس .

عطاء بن يسـار : العطاء بن يسار الهلالى المدنى مولى ميمونة بنت الحارث الهلالية أم المؤمنين
سنة ٩٤ هـ أخو سليمان وعبد الملك وعبد الله بن يسار وهو من كبار التابعين سمع ابن مسعود وابن أبى كعب وعبد الله بن سلام وغيرهم وروى عنه جمــاعة من التابعين كان ثقة كثير الحديث توفى سنة ثلاث أو أربع ومائة وقيــل الأصح أنه توفى سنة ٩٤ هـ .

ابن عقيــل : على بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادى وكنيته أبو الوفا أصولى حنبــلى
سنة ٥١٣ هـ واعظ متكلم سمع الحديث الكثير من علمائه وتفقه على القاضى أبى يعلى ابن الفراء مال الى مذهب المعتزلة ولكنه عدل عن هذا والتزم مذهب الحنابلة فى الفقه له كتاب الفنون وله فى الفقه كتاب الفصول وعمدة الأدلة وغيرها . دفن ببغداد قريبا من قبر الامام أحمد .

علاء الدين المرداوي : على بن سليمان بن أحمد بن محمد المرداوى الملقب بعلاء الدين المكنى بأبى
سنة ٨٨٥ هـ الحسن . فقيه حنبلى أصولى ولد ببلدة «مردا» سنة ٨١٧ . حفظ بهــا القرآن ثم غادرها شابا الى مدينة الخليل ورحل الى دمشق وتوفى بهــا . واشتغل بالعلم وتفقه على تقى الدين بن قندس شيخ الحنابلة . انتهت اليه رياسة المذهب . ومن كتبه « الانصاف فى معرفة الراجح من الخــلاف فى اربعة مجلدات ، والتنقيح الشيق فى تحرير أحكام المقنع وغيرها .

على : انظر حـ١ ص٢٦٩ .

أبو على : الحسين بن أبى العلا خالد بن طهمان الخفاف الزندجى أبو على الأعــور ، معدود من أصحاب الباقر والصادق ، كوفى مولى بنى عامر من بنى أسد ، له كتب منها مايعد من الأصول روى عنه خلق كثير .

ابن عليــة : اسماعيل بن ابراهيم بن مقسم أبو بشر الأسدى مولاهم ، ويعرف بابن علية .
سنة ١٩٣ هـ وهو منسوب الى أمه . من أهل البصرة وأصله كوفى . سمع من أبى التياح الضبعى حديثا واحدا وروى الكثير عن عبد العــزيز بن صهيب وأيوب السختيانى . وقد سمع منه الامام أحمد وابن جريج وشــعبة وغيرهم . وذكره الخلال فيمن روى عن أحمد ولى المظالم ببغداد أيام هارون الرشــيد كما ولى صدقات البصرة .

ابن عمــر : انظر (عبد الله) حـ١ ص٢٦٧ .

عمـــــــــر : انظر حـ١ ص٢٦٩ .

أبو عمـــــر : ابن عبد البر يوسف بن عبد الله بن محمد النمرى القرطبى المالكى من كبار
سنة ٤٦٣ هـ حفاظ الحديث يقال له حافظ المغرب ، صـاحب الاستيعاب والدرر ، وله مؤلفات كثيرة بعضها مطبوع وبعضها الآخر مخطوط منها « الانصاف فيما بين العلماء من الاختلاف » و « الكافى فى الفقه » توفى بشاطبة .

عمـــرو بن شمر : انظر ابن شمر .

أبو عمـــــرو : انظر (ابن الحاجب) حـ١ ص٢٥٣ .

أبو عمـــــرو : عثمان بن أبى بكر حمود الصدفى أبو عمر المعروف بابن الضـــابط عالم
سنة ٤٤٢ هـ بالحديث والأدب من أهل المغرب قرأ فى القيروان ورحل الى الشرق بالأندلس وكان المعز بن باديس ينتدبه لبعض المهمات فرحل فى احداها فانقطع خبره له عوالى الحديث والاقتصاد فى القراءات السبع .

أبو عمـــــرو : عثمان بن سعيد بن عثمان أبو عمرو الدانى أحد حفاظ الحديث ومن الأئمة
سنة ٤٤٤ هـ فى علم القرآن ورواياته وتفسيره من أهل دانية بالأندلس دخل المشرق فحج وزار مصر وعاد فتوفى فى بلده له أكثر من مائة تصنيف منها التيسير فى القراءات السبع والمقنع فى رسم المصاحف ونقطها وطبقات القراء وغير ذلك

عمـــران بن الحصـــــين : أبو نجيم عمران بن الحصين بن عبيد بن خلف أسلم هو وأبو هريرة عام خيبر سنة سبع من الهجرة وروى له ١٨٠ حديثا نزل البصرة وكان قاضيها وتوفى
٥٢ هـ بها .

عميــــــرة : انظر حـ١ ص٢٧٠ .

عيسى : عيسى بن دينار بن واقد الغافقى أبو عبد الله فقيه الأندلس فى عصره وأحد
سنة ٢١٢ هـ علمائها المشهورين . قام برحلة فى طلب الحديث وعاد فكانت الفتيا تدور عليه بالأندلس لايتقدمه أحد .

عيسى : عيسى بن علال الكتانى الصمودى أبو مهدى قاض له تعليق على مختصر ابن
سنة ٨٢٣ هـ عرفة فى فقه المالكية كان اماما لجامع القرويين بفـاس وولى القضـــاء بها والخطابة .

عيسى : عيسى بن عبد الرحمن السكتانى مفتى مراكش وقاضيها وعالمها فى عصره
سنة ١٠٦٢ هـ مولده ووفاته فيها تفوق فى فقه المالكية والتفسير وصنف كتبا منها حاشية على شرح أم البراهين للسنوسي في التوحيد .

حرف الغين

الغـــــامدية : فى اسمها خلاف ، قيل أبية ، وقيل : سبيعة ، وفى الاصابة أنها سـبيعة القرشية وروى عن عائشة حديث فحواه أنها أقرت على نفسها بالزنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمت بعد أن وضعت حملها وفطمته ٠

ابن الغـــرس : محمد بن محمد بن خليل البدر بن الغرس أبو اليسر من فقهاء الحنفية مولده **سنة ٨٩٤ هـ** وفاته بالقاهرة كان غاية فى الذكاء له كتب منها الفواكه البـــدرية فى الأقضية الحكمية يعرف برسالة ابن الغرس فى القضاء وحاشـــيته على شرح التفتازانى فى العقائد النسفية ٠

الغـــــزالى : انظر حـ١ ص٢٧٠ ٠

ابنــة غـزوان : انظر بسرة ٠

حرف الفاء

ابن فـــارس : احمد بن فارس بن زكريا القزوينى الرازى أبو الحسين من أئمة اللغة والأدب **سنة ٣٩٥ هـ** أصله من قزوين واقام مدة فى هزان ثم انتقل الى الرى وتوفى بها ٠ من تصانيفه فى علم العربية ٠ مقاييس اللغة ستة أجزاء ٠ والمجمل ٠ والصاحبى ٠ وله جامع التأويل فى تفسير القرآن أربع مجلدات ٠

فاطمـــــــة : انظر حـ١ ص٢٧١ ٠

ابن فرحـــون : انظر حـ١ ص٢٧١ ٠

الفنـــــرى : محمد بن حمزة بن محمد شمس الدين الفنرى الرومى عالم بالمنطق والاصول ولى القضاء ٠

ابن أبى الفوارس : محمد بن أبى الفوارس توران شاه بن خشرو شاه الجيلى العلامة الفقيـــه ، يروى مذهب الزيدية وغيره وله مؤلفات منها تعليق الشرح ومنتزع شرح التجريد وله مقالات وعناية بمذهب الزيدية ٠

الفـــــورانى : انظر أبو بكر « أحمد بن محمد ٠٠٠٠ »
القرن الثالث

حرف القاف

القاســـــم : انظر حـ١ ص٢٧١ .

أبو القاســـم : عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقى المصرى فقيه تفقه بالامام **سنة ١٩١ هـ** مالك ونظرائه . جمع بين الزهد والعلم وله المدونة وهى من أجل كتب المالكية رواه عن الامام مالك ٠ مولده ووفاته بمصر ٠

ابو القاسم الفوراني سنة ٤٦١ هـ : عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن فوران أبو القاسم فقيه من علماء الأصول والفروع ومن كتابه الابانة فى مذهب الشافعية وتتمة الابانة وكان مقدم الشافعية بمرو .

القاساني القرن السادس : محمد بن أحمد القاساني نسبة الى قاسان من بلاد الترك وقيل أنها من بلاد خراسان . وقيل القاشاني . وقال صاحب كتاب طبقات الزيدية انه كان من أصحاب داوود الظاهرى الا أنه خالفه فى مسائل كثيرة فى الأصول والفروع .

القاضي سنة ٣٠٦ هـ : احمد بن عمر بن سريج القاضى أبو العباس البغدادى فقيه شافعى كان يقال له الباز الأشهب وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعى . ولى القضاء بشيراز برع فى الفقه وعلم الكلام له مصنفات كثيرة منها الرد على ابن داود فى القياس . والرد عليه فى مسائل اعترض بها الشافعى .

القاضي سنة ٤٦٢ هـ : الحسين بن محمد بن احمد ابو على القاضى المروروذى امام جليل من اصحاب الشافعى كان فقيها روى الحديث عن عبد الملك الاسفراييني وروى عنه عبد الرزاق المنيعى وتلميذه محيى السنة البغوى وغيرهما وتفقه على القفال المروزى وكان يقال له حبر الأمة .

القاضي أبو محمد : انظر عبد الوهاب .

القاضي سنة ٤٥٩ هـ : محمد بن اسماعيل بن محمد بن اسماعيل بن احمد بن عمرو القاضى أبو على العراقى الطوسي من اهلها ولى القضاء مدة بالطابران ولقب بالعراقى لطول مقامه ببغداد وكان فقيها فاضلا ـ تفقه ببغداد على أبى حامد الاسفراييني

القاضي : طاهر بن عبد الله .

القاضي سنة ٤٤٩ هـ : محمد بن على بن عثمان الكراجكى أبو الفتح باحث امامى من كبار أصحاب الشريف المرتضى له كتب منها « كنز الفوائد » و « النوادر » و « معونة الفارض فى الفرائض وغيرها . توفى بصور .

القاضي سنة ٤٨٦ هـ : أبو على يعقوب بن ابراهيم بن سطور البرزيني فقيه حنبلى صنف كتبا فى الأصول والفروع ، ولى القضاء ثم رفع يده عنه ثم عاد اليه ، وكان متشددا فى السنة متعففا فى القضاء ومات وهو على القضاء .

القاضي سنة ٤٧٦ هـ : أبو الفتح عبد الوهاب بن احمد بن عبدالوهاب بن حلبة الحرانى فقيه حنبلى كان يلى القضاء بحران ، وكان ناشرا للمذهب وتولى الافتاء والخطابة والتدريس ، استشهد عند اضطراب أهل حران على ابن قريش .

قاضي خان : انظر حـ١ ص٢٧١ .

القاضي عبدالجبار سنة ٤١٥ هـ : عبد الجبار بن أحمد أبو الحسن الهمذانى الاسدابادى المعتزلى صاحب التصانيف .

القاضي عبد الوهاب سنة ٤٢٢ هـ : عبد الوهاب بن على بن نصر الثعلبى البغدادى ابو محمد من فقهاء المالكية ولد ببغداد ، ولى القضاء ورحل الى الشام وتوجه الى مصر فعلت شهرته وتوفى فيها وله كتب منها التلقين فى فقه المالكية وعيون المسائل وشرح المدونة والنصرة لمذهب مالك وغيرها .

((القاضى)) عياض : سنة ٥٤٤ هـ عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبى السبتى ابو الفضل عالم الغرب وأمام أهل الحديث فى وقته كان من أعلم الناس بانساب العرب وكلامهم ولى قضاء سبتة ومولده فيها ثم قضاء غرناطة وتوفى بمراكش له تصانيف كثيرة منها الشفا بتعريف حقوق المصطفى وشرح صحيح مسلم ٠

ابو قتادة : سنة ٤٠ هـ هو ابن ربعى الأنصارى شهر باسم الحارث وأمه كبشة بنت مطهر بن حرام ابن سواد بن غنيم وكان يقال له فارس رسول الله شهد أحدا ومابعدها واختلفوا فى شهوده بدرا توفى بالكوفة ٠

ابن قدامة : انظر حـ١ ص٢٧١ ٠

القدورى : انظر حـ١ ص٢٧٢ ٠

القرافى : انظر حـ١ ص٢٧٢ ٠

القرطبى : انظر حـ١ ص٢٧٢ ٠

القصار : سنة ٢٧١ هـ حمدون بن احمد بن عمارة القصار النيسابورى ابو صالح صوفى وكان عالما فقيها يذهب مذهب الثورى ٠

القفال : انظر حـ١ ص٢٧٢ ٠

القليوبى : انظر حـ١ ص٢٧٣ ٠

القهستانى : سنة ٩٥٣ هـ محمد القهستانى شمس الدين فقيه حنفى كان مفتيا ببخارى له كتب منها فى الفقه جامع الرموز فى شرح النقاية مختصر الوقاية ٠

القيروانى : « عبد الرحمن » سنة ٣٨٠ هـ عبد الرحمن بن محمد بن رشيق القيروانى مؤرخ فقيه حافظ للحديث صنف كتبا فى فقه المالكية وفى أخبار العلماء والصالحين من كتبه « المستوعب » لزيادات مسائل المبسوط مما ليس فى المدونة ٠ حج وأخذ عن جماعة من علماء المشرق .

ابن القيم : انظر حـ١ ص٢٧٣ ٠

حرف الكاف

الكرخى : انظر حـ١ ص٢٧٣ ٠

حرف اللام

اللخمى : انظر حـ١ ص٢٧٤ ٠

الليث بن سعد : انظر حـ١ ص٢٧٤ ؛

ابو الليـــث سنة ٣١٤ هـ : نصر بن القاسم ابو الليث البغدادى الفرائضى نسبة الى علم الفرائض الذى هو علم المواريث روى عن شريح بن يونس وأقرانه وكان ثقة من فقهـاء أهل الرأى .

ابن ابى ليـلى : انظر حـ١ ص٢٧٤ .

حرف الميم

ابن الماجشـون سنة ٢١٢ هـ : عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله التيمى بالولاء أبو مروان ابن الماجشون فقيه مالكى فصيح دارت عليه الفتيا فى زمانه وعلى أبيه قبله .

ابن ماجـة : انظر حـ١ ص٢٧٤ .

ماعـز : ماعز بن مالك الأسلمى الصحابى ، عده ابن عبد البر فى المدنيين : له مع رسول الله صلى الله عليه وسلم واقعة مشهورة وهى اعترافه على نفسـه بالزنا فرجم لذلك ، كتب له رسول الله صلى الله عليه وسلم باسلام قومه .

مالـك : انظر حـ١ ص٢٧٥ .

المـاوردى : انظر حـ١ ص٢٧٥ .

المؤيـد بالله : انظر حـ١ ص٢٧٥ .

مجـزز المدلجى صحابى : مجزز بن الأعور بن جعدة بن معاز عتواره بن مدلج الكنانى مذكـور فى الصحيحين من طريق الزهرى سمى مجززا لأنه كان اذا أسر أسيرا جزناصيته واطلقه شهد فتح مصر وبعض الفتوح بعد النبى صلى الله عليه وسلم ، وكان معروفا بالقيافة .

محمـد : انظر (محمد بن الحسن) حـ١ ص٢٧٥ .

ابو محمـد : انظر « ابن حزم » حـ١ ص٢٥٤ .

محمد بن سلمة سنة ٢٧٨ هـ : أبو عبد الله محمد بن سلمة الفقيه البلخى تفقه على شداد بن حكيم ثم على أبى سليمان الجوزانى . ولد سنة ١٩٢ .

محيصـة صحابى : محيصة بن مسعود بن كعب بن عامر بن عدى الأنصارى الأوسى الحارثى الصحابى بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل فدك يدعوهم الى الاسلام وشهد أحدا والخندق وما بعدهما من المشاهد وكان اسلامه قبل الهجرة روى عنه ابنه سعد وحفيده مرام ومحمد بن أبي سهل وغيرهم .

المرتضي : انظر حـ١ ص٢٧٥ .

المرداوى سنة ٨٨٥ هـ : على بن سليمان بن احمد المرداوى ثم الدمشقى فقيه حنبـــلى ولد فى مزدى قرب نابلس انتقل الى دمشق وتوفى بها من كتبه الانصـــاف فى معرفة الراجح من الخلاف وغيره من كتب الفقه وله فى الأصول تحرير المنقول وشرح التحبير فى شرح التحرير .

المزنى : انظر حـ١ ص٢٧٦ .

ابن مســـعود : انظر (عبد الله) حـ١ ص٢٦٧ .

مســــــلم : انظر حـ١ ص٢٧٦ .

المصـــــيصى القرن الثالث : محمد بن داوود بن صبيح أبو جعفر المصيصى . كان من خواص الامام احمد وكان يحدثه بأشياء لايحدث بها غيره وله روايات كثيرة عن الامام أحمـــد وروى عنه كثيرون .

مطرف بن مازن سنة ٢٢ هـ : مطرف بن مازن راوية الامام مالك مات بالمدينة .

المقداد بن الاسود سنة ٣٣ هـ : المقداد بن الأسود الكندى من السابقين للاسلام وهاجر الهجرتين وشـــهد بدرا وجميع المشاهد . روى عنه على وأنس توفى فى خلافة عثمان .

المقـــــدسى : انظر (ابن قدامة) حـ١ ص ٢٧١ .

ابن المنـــــذر : انظر حـ١ ص٢٧٧ .

ابن منصــــور سنة ٢٦٥ هـ : أحمد بن منصور بن سيار الرمادى أبو بكر فقيه حنبلى سمع من عبد الرزاق ابن همام وغيره ، وروى عنه جماعة ، وروى عن الامام أحمد .

ابن منصــــور سنة ٢٥١ هـ : اسحاق بن منصور بن بهرام أبو يعقوب ، فقيه حنبلى ولد بمرو ودخل الى العراق والحجاز والشام فسمع سفيان بن عيينة ويحيى بن سعيد القطان ، ووكيع وغيرهم ، دون عن الامام أحمد مسائل فى الفقه ، وكان ثقة مأمونا .

ابن منصــــور سنة ٢٥٤ هـ : محمد بن منصور بن داود بن ابراهيم أبو جعفر العابد المعروف بالطوسى فقيه حنبلى تلقى عن الامام أحمد ونقل عنه مسائل لم يروها غيره وكان مقربا لصلاحه وورعه .

منصور بن حازم : أبو ايوب البجلى من جملة أصحاب الشيعة الامامية وفقهـــائهم ، روى عن الصادق والكاظم ، وله كتب منها « أصول الشرائع » و «كتاب الحج »

منصــــــور سنة ١٣٢ هـ : منصور بن المعتمر بن عبد الله بن ربيعة السلمى أبو عتاب من كبار تابعى التابعين ومن أعلام رجال الحديث بالكوفة ولم يكن فيها أحفظ للحديث منه سمع النخعى والشعبى والزهرى وسعيد بن جبير وروى عنه الثورى وهو أثبت الناس فيه .

المهـــــدى : عبد الله بن أحمد بن المتوكل بن على من حفدة الهادى من أئمة الزيدية من
سنة ١٢٥١ هـ أهل صنعاء مولدا ووفاة ٠

مهنـــــا : مهنا بن يحيى الشامى السلمى أبو عبد الله من كبار أصحاب الامام وروى
القرن الثالث عنه مسائل كثيرة وكتب عنه عبد الله بن احمد عدة مسائل ٠ قال مهنـــا
لزمت أبا عبد الله ثلاثا وأربعين سنة ٠

ابن المـــواز : انظر جـ١ ص٢٧٨ ٠

المواق : محمد بن يوسف بن القاسم بن يوسف العبـــدلى الغرناطى أبو عبد الله
سنة ٨٩٧ هـ فقيه مالكى كان عالم غرناطة وامامها فى وقته ٠ له مؤلفات منها « التـــاج
والاكليل فى شرح مختصر خليل . مطبوع مع الخطاب وله ايضـا ســنن
المهتدين فى مقامات الدين ٠

ابـــو موسى : انظر جـ١ ص٢٧٨ ٠

ابن ابى موسى : محمد بن موسى النهرتيرى البغدادى أبو عبد الله فقيه حنبلى تتلمذ على أحمد
القرن الثالث ذكره أبو بكر الخلال فقال : كان عنده عن أبى عبد الله جزء مسائل كبـــار
جياد ٠ وذكره الدارقطنى فقال شيخ لأهل بغداد جليل ٠ وقال عنه الخطيب :
كان ثقة فاضلا جليلا وكان مقربا وصحب ابن سعدان وروى عنه جماعة منهم
أبو حسين بن النادى ٠

الموفق : انظر (ابن قدامة) جـ١ ص٢٧١ ٠

حرف النـــون

النـــــاصر : انظر جـ١ ص٢٧٨ ٠

النـــــاطفى : انظر جـ١ ص٢٧٨ ٠

نافع : انظر جـ١ ص٢٧٨ ٠

ابن نجيـــــم : انظر جـ١ ص٢٧٩ ٠

نصر بن يحيى : نصر بن يحيى البلخى أخذ الفقه عن أبى سليمان الجوزجانى عن محمـــد بن
سنة ٢٦٨ هـ الحسن وكان معاصرا لمحمد بن سلمة وزامله فى الدرس على الجوزجانى .

النهـــــروانى : ابراهيم بن دينار بن أحمد النهروانى الرزاز أبو حكيم ٠ فرضى ٠ أى من
سنة ٥٥٦ هـ المتخصصين فى التوريث ــ من فقهاء الحنابلة من اهل بغداد له تصانيف فى
الفقه والفرائض منها « شرح الهداية وكتب منه تسعة مجلدات ولم يكمله »

النهـــــروانى : انظر المعافى النهروانى جـ١ ص٢٧٦ ٠
سنة ٩١٧ هـ

النـــــووى : انظر جـ١ ص٢٧٩ ٠

حرف الهاء

الهـــــادي : انظر حـ١ ص٢٨٠ ·

ابو هريرة : انظر حـ١ ص٢٨٠ ·

هشـــــام : هشام بن عبد الله الرازى تفقه على أبى يوسف ومحمد ومات محمد فى منزله بالرى ودفن فى مقبرته ، له النوادر وصلاة الأثر ؛ كان صدوقا عظيم القدر ثقة ·

هشـــــام سنة ١٩٩ هـ : هشام بن الحكم ابو محمد مولى كندة من أكابر أصحاب الصادق وكان تقيا روى أحاديث كثيرة · ولد بالكوفة ونشأ بواسط وتحول الى بغداد ثم تحول منها الى الكوفة وبها مات .

هلال بن أميـــة صحابى : هلال بن أمية بن عامر بن قيس الانصارى الواقفى . شهد بدرا وما بعدها وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم بعد أن تخلفوا عن غزوة تبوك ، له ذكر فى الصحيحين فى قصة اللعان مطولة عاش الى خلافة معاوية .

حرف الواو

ابن وهب سنة ١٩٧ هـ : عبد الله بن وهب بن مسلم الفهرى بالولاء المصرى ابو محمد فقيه من الأئمة من أصحاب مالك جمع بين الفقه والحديث والعبادة له كتب منها الجـــامع فى الحديث والموطأ فى الحديث وكان حافظا عرض عليه القضاء فخبأ نفسه ، مولده ووفاته بمصر .

حرف الياء

يحيى : انظر حـ١ ص ٢٨٠ ·

ابن يســـــار سنة ١٠٩،١٠٣هـ : سليمان بن يسار مولى ميمونة زوج النبى صلى الله عليه وسلم كان عالما ثقة روى عن ابن عباس وأبى هريرة وروى عنه الزهرى وجمـــاعة ، وهو من الفقهاء السبعة بالمدينة ·

يعقوب بن بختان من فقهاء القـرن الثـــالث : يعقوب بن اسحق بن بختان أبو يوسف أحد فقهاء الحنابلة وأحد الصالحين الثقاة كان جار أبى عبد الله وصديقه وروى عنه مسائل كثيـــرة فى الورع والسلطان وروى عنه ابو بكر بن أبى الدينار وجعفر الصندلى وغيرهما .

ابو يوســـف : انظر حـ١ ص٢٨١ ·

ابن يونس : انظر حـ١ ص٢٨١ ·



فهرس المواد